

Staatskanzlei Aargau
Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40
Fax 062 835 12 50
E-Mail regierungsrat@ag.ch

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Aarau, 19. Januar 2005

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf "trusts" anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung; Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Herr Bundesrat Blocher hat uns mit Schreiben vom 25. Oktober 2004 eingeladen, zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf "trusts" anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung Stellung zu nehmen. Wir danken dafür und nehmen die Gelegenheit gerne wahr.

1. Allgemeine Bemerkungen

Der Kanton Aargau begrüsst die Genehmigung des Haager Trust-Übereinkommens. Der Trust ist in den angelsächsischen Ländern nicht mehr wegzudenken. Aber auch in der Schweiz ist er von grosser Bedeutung, da Schweizer Banken sehr grosse Vermögenswerte verwalten, die in Trusts gehalten sind. Überdies sind immer mehr Schweizerinnen und Schweizer selber Trustbeteiligte oder -begünstigte oder investieren in Anlagefonds, die zum Teil in Form von "investment trusts" organisiert sind. Im heutigen Recht ist die Erfassung des Trusts jedoch nur möglich, wenn die dem Trust zugrunde liegenden Elemente einzeln betrachtet werden im Sinne von ähnlichen Rechtsinstituten des Schweizer Rechts. Dies führt nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen.

Eine Anerkennung des Trusts als Rechtsinstitut ist in der Schweiz dringend nötig, da die wirtschaftliche Bedeutung des Trusts in Zukunft zweifellos noch weiter zunehmen wird und in vielen Fragen, wie zum Beispiel Behandlung des Treuguts im Fall von Konkurs, Handlungsunfähigkeit oder Tod des Trustees, heute Rechtsunsicherheit herrscht. Ein eigenes Schweizer Trust-Recht lässt sich vom Aufwand her jedoch nicht rechtfertigen und müsste sich auf

jeden Fall auch am Haager Übereinkommen orientieren. Eine baldige Ratifikation des Haager Übereinkommens ist daher klar zu befürworten, würde zu einer entscheidenden Verbesserung der Rechtssicherheit führen und der Schweiz ermöglichen, als Anbieterin von Trust-Dienstleistungen wettbewerbsfähig zu sein.

2. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Da das Trustrecht einen ausgesprochenen Spezialbereich der Bundesgesetzgebung betrifft, verzichten wir auf eine Stellungnahme zu den einzelnen Bestimmungen des Haager Übereinkommens und den vorgeschlagenen Änderungen im Schweizer Recht. Wir erlauben uns jedoch abschliessend den Hinweis, dass wir die heutige uneinheitliche Praxis bei der Besteuerung des Trusts als unbefriedigend erachten und hoffen, dass durch die eingesetzte Arbeitsgruppe baldmöglichst eine Klärung erfolgt.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und versichern Sie, sehr geehrte Damen und Herren, unserer ausgezeichneten Hochachtung.

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATS

Landammann:



Roland Brogli

Staatsschreiber:



Dr. Peter Grünenfelder

3-fach

Kopie an:

- Departement des Innern
- Justizabteilung DI

Regierungsrat
9102 Herisau 2

Regierungsgebäude
Telefon 071/353 61 11
Telefax 071/352 12 77
Mail: rr@rr.ar.ch
<http://www.appenzellerland.ch>



Bundesamt für Justiz



BJ-00000000504551

240. V

Herisau, 28. Januar 2005
L.

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung; Vernehmlassung

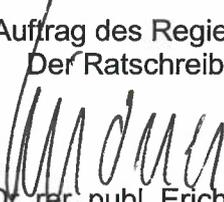
Herr Direktor

Mit Kreisschreiben vom 25. Oktober 2004 gibt uns das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement Gelegenheit, zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung bis zum 31. Januar 2005 Stellung zu nehmen.

Wir gestatten uns, Ihnen in der Beilage einen Protokoll-Auszug zuzustellen, dem Sie die Auffassung des Regierungsrates des Kantons Appenzell A.Rh. zu diesem Entwurf entnehmen können.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag des Regierungsrates
Der Ratschreiber:


Dr. rer. publ. Erich Niederer

Beilage: Protokollauszug



25. Januar 2005

L.

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung; Vernehmlassung

1. Einleitung

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2004 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement die Kantonsregierungen eingeladen, über den Vorentwurf für einen Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung bis zum 31. Januar 2005 Stellung zu nehmen.

Das Geschäft wurde der Justizdirektion zur Antragstellung zugewiesen. Die Justizdirektion lud am 3. November 2004 die Finanzdirektion, die Direktion des Innern und die Aufsichtsbehörde SchKG zu einem Mitbericht ein.

2. Ausgangslage

Der Trust ist ein Rechtsinstitut vorwiegend der Staaten des common law. Trotzdem ist er in der Schweiz wirtschaftliche und rechtliche Realität. Er spielt etwa im internationalen Privatkundengeschäft der Schweizer Banken, aber auch bei der Unternehmensfinanzierung eine wichtige Rolle. Auch Treuhandgesellschaften und Anwälte sind im Bereich der Trust-Planung und -Verwaltung tätig. Seine wirtschaftliche Bedeutung nimmt weiterhin zu, gleichzeitig wird die bestehende rechtliche Situation als unbefriedigend empfunden. Um die Anerkennung des Trusts auf eine berechenbare Grundlage zu stellen und für alle Beteiligten mehr Rechtssicherheit zu schaffen, soll die Schweiz das Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung ratifizieren. Zudem sollen das Bundesgesetz über Internationales Privatrecht und das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs entsprechend angepasst werden.

3. Erwägungen

Mit der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens lässt sich eine entscheidende Verbesserung der Rechtssicherheit als Folge der formellen Anerkennung ausländischer Trusts erreichen. Der Regierungsrat stimmt dem Vorhaben des Bundesrates, das Haager-Übereinkommen über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung zu genehmigen respektive zu ratifizieren, deswegen zu. Der Regierungsrat erachtet dabei eine Konzentration auf einzelne unerlässliche Anpassungen für wünschenswert. Es muss seiner Ansicht nach vermieden werden, dass die mit der Ratifikation erreichten Vorteile durch unpraktikable Gesetzesanpassungen quasi neutralisiert werden. Zu einem späteren

Zeitpunkt - nachdem erste Erfahrungen mit der Umsetzung des Übereinkommens gemacht worden sind - können gegebenenfalls weitere Anpassungen geprüft werden.

4. Beschluss des Regierungsrates

Die vorstehenden Ausführungen werden dem Bundesamt für Justiz, Bundesrain 20, Bern, als Vernehmlassungsantwort übermittelt.

Mitteilung an Bundesamt für Justiz, Bundesrain 20, 3003 Bern; Beilage: Protokoll-Auszug

Durchschrift an Justizdirektion

Auszug an Justizdirektion
Sekretariat Justizdirektion

Herr Ständerat Dr. Hans Altherr, Niedern 117, Postfach 247, Trogen
Frau Nationalrätin Marianne Kleiner-Schläpfer, Sonnenböhl 3756,
Herisau AR

*Im Auftrag des Regierungsrates
Der Ratschreiber:*



Versandt am 28. Jan. 2005



Protokoll der Standeskommission

Sitzung vom 25. Januar 2005 (Nr. 77)

Vernehmlassung / Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Bern

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2004 übermittelten Sie den Vorentwurf zu einem Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung sowie den dazugehörigen erläuternden Begleitbericht und ersuchten um Stellungnahme dazu bis 31. Januar 2005 in drei Exemplaren zuhänden des Bundesamtes für Justiz.

Die Standeskommission des Kantons Appenzell I.Rh. hat von den übermittelten Unterlagen Kenntnis genommen und hält dazu Folgendes fest:

Die Standeskommission unterstützt die gewährte Vorgehensweise und den daraus resultierenden Bundesbeschluss.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie, sehr geehrter Herr Bundesrat, mit ausgezeichneter Hochachtung.



Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber:

Franz Breitenmoser

Zugestellt am: 26. Jan. 2005

Geht an:

Bundesamt für Justiz, 3003 Bern (3 Ex.)

Zur Kenntnis an:

Finanzdepartement Appenzell I.Rh., Sekretariat, Marktgasse 2, 9050 Appenzell
Nationalrat Dr. Arthur Loepfe, Schönenbuel 46, Steinegg, 9050 Appenzell



JPMD/152

LIESTAL, 25. Januar 2005

DER REGIERUNGSRAT DES KANTONS BASEL-LANDSCHAFT

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Vernehmlassung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf "Trusts" anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

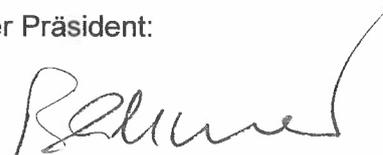
Wir danken Ihnen für die Einladung, zur erwähnten Vernehmlassungsvorlage Stellung zu nehmen, und teilen Ihnen mit, dass wir diese unterstützen.

Obwohl das angelsächsische Rechtsinstitut des Trusts vom geltenden Schweizer Recht weitgehend anerkannt wird, gibt es offenbar immer noch gewisse Rechtsunsicherheiten, die mit der Vernehmlassungsvorlage behoben werden können. Wir sind überzeugt, dass die Attraktivität der Schweiz als Standort für die Einrichtung und die Verwaltung von Trusts durch die vorgeschlagene Genehmigung des Haager Trust-Übereinkommens samt entsprechenden Anpassungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) und des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) weiter gesteigert werden kann. Zugleich nehmen wir zur Kenntnis, dass sich aus der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens keine Kollisionen mit fundamentalen Prinzipien der schweizerischen Rechtsordnung ergeben.

Zusammengefasst halten wir einen entsprechenden Regelungsbedarf aufgrund der Ausführungen im erläuternden Bericht, wonach die bestehende Rechtslage in der Schweiz bezüglich der Trusts noch mit einigen Unsicherheiten behaftet ist, für ausgewiesen. Daher befürworten wir die Vernehmlassungsvorlage.

Wir hoffen, Ihnen mit unserer Stellungnahme dienen zu können, und verbleiben

mit freundlichen Grüßen
Im Namen des Regierungsrates
der Präsident:



der Landschreiber:



In 3 Exemplaren



Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

Rathaus, Marktplatz 9, CH-4001 Basel

Telefon +41 61 267 85 62

Telefax +41 61 267 85 72

E-Mail staatskanzlei@bs.ch

Internet www.bs.ch

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Basel, 19. Januar 2005

Regierungsratsbeschluss
vom 18. Januar 2005

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung; Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Hochgeachteter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. November 2004 haben Sie dem Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt die Vernehmlassungsunterlagen in Sachen Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, insbesondere den erläuternden Bericht dazu zukommen lassen und darum ersucht, Ihnen bis zum 31. Januar 2005 unsere entsprechende Vernehmlassung zu übermitteln. Diesem Ersuchen kommen wir hiermit nach und möchten uns für die uns eingeräumte Gelegenheit zur Vernehmlassung in eingangs erwähnter Angelegenheit bedanken.

I Grundsätzliches

Das Begehren des Bundesrates, das Haager Übereinkommen über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 1. Juli 1985 (nachfolgend: das Haager Trust-Übereinkommen) zu genehmigen resp. zu ratifizieren, wird vom Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt sehr begrüsst.

Der Trust ist heute ein im schweizerischen Wirtschaftsleben bekanntes und bereits stark verbreitetes Rechtsverhältnis. Die Trust haben für den Wirtschaftsstandort Schweiz, insbesondere für den Finanzplatz Schweiz resp. dessen Banken und Trustgesellschaften, eine grosse wirtschaftliche Bedeutung.

Trotz seiner Bedeutung in der Praxis ist der Trust nach wie von ein in der schweizerischen Rechtsordnung unbekanntes Rechtsinstitut. Dies führt zu schwierigen Abgrenzungsfragen insbesondere in Bezug auf das anwendbare Recht, was zu diversen Risiken für die mit Trusts wirtschaftenden Institutionen führt. Mit der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens lässt sich eine entscheidende Verbesserung der Rechtssicherheit als Folge der formellen Anerkennung ausländischer Trusts erreichen. So wird die Schweiz wesentlich attraktiver für die Führung ausländischer Trusts, wovon die gesamte Wirtschaft und der Fiskus profitieren werden.

II Zur Steuerfrage

Die mit einer Ratifikation angestrebten positiven Auswirkungen auf das Trustgeschäft hängen in entscheidendem Masse von der steuerlichen Behandlung des Trust in der Schweiz ab – eine Klärung der entsprechenden Fragen ist demnach unseres Erachtens von zentraler Wichtigkeit.

Die kantonalen Steuerbehörden befassen sich bereits heute mit Trusts; die diesbezügliche Praxis der Steuerbehörden ist allerdings uneinheitlich. Ausserdem sind die zivilrechtlichen Wirkungen des Trusts zu berücksichtigen; einzig auf die wirtschaftliche Berechtigung abzustellen, so wie es heute von den Steuerbehörden gemacht wird, reicht unseres Erachtens nicht. Es besteht demnach ein starkes Bedürfnis nach Rechtssicherheit und -vereinheitlichung.

Selbstverständlich befürworten wir eine vollumfängliche Versteuerung von Trustvermögen in der Schweiz. Dies jedoch stets mit einem Blick auf die Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Schweiz.

III Zu den möglichen Alternativen einer Ratifikation

Es hat sich im Vorfeld dieses Dossier stets die Frage gestellt, ob eine autonome Regelung des Trusts im Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (nachfolgend: IPRG) allenfalls eine echte Alternative zu einer Ratifikation des Übereinkommens sein könne. Wir sind der Meinung, dass eine autonome Regelung im IPRG mit erheblichen Nachteilen verbunden wäre. Eine autonome Regelung hätte namentlich umfangreiche Gesetzgebungsarbeiten zur Folge, womit eine weitere Verzögerung der Anerkennung von Trusts in der Schweiz drohen würde. Zudem könnten Widersprüche zum Haager Übereinkommen nicht ausgeschlossen werden.

Wir vertreten die Meinung, dass die Teilnahme an einer internationalen Rechtsvereinheitlichung vorzuziehen ist, da es sich beim Trust um ein international verbreitetes Rechtsinstitut handelt. Die Schweiz resp. der Wirtschaftsstandort Schweiz resp. der Finanzplatz Schweiz kann so ein Zeichen der Offenheit setzen und der geschaffenen Rechtssicherheit eine wesentlich grössere Publizitätswirkung verleihen als mit einer autonomen Regelung.

IV Zu den einzelnen Gesetzesanpassungen

Grundsätzlich erlauben wir uns, festzuhalten, dass in Bezug auf die einzelnen Gesetzesanpassungen grösstmögliche Zurückhaltung zu üben ist und befürworten demnach die Konzentration auf einzelne unerlässliche Anpassungen. Es gilt unserer Meinung nach zu vermeiden, dass die mit der Ratifikation erreichten Vorteile durch unpraktikable oder kontraproduktive Gesetzesanpassungen quasi neutralisiert werden. Es besteht ohnehin die jederzeitige Möglichkeit, zu einem späteren Zeitpunkt weitere Anpassungen zu prüfen, nachdem bereits erste praktische Erfahrungen mit der Umsetzung des Übereinkommens gemacht worden sind.

Die vom Bundesrat resp. vom Bundesamt für Justiz vorgeschlagenen Gesetzesanpassungen erachten wir als äusserst zweckdienlich.

Zusammenfassend halten wir fest, dass wir das Begehren des Bundesrates, das Haager Übereinkommen über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 1. Juli 1985 zu genehmigen resp. zu ratifizieren, sehr begrüssen.

Wir hoffen, Ihnen mit dieser Vernehmlassung gedient zu haben und verbleiben

mit freundlichen Grüssen

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt

Der Präsident



Jörg Schild

Der Staatsschreiber



Dr. Robert Heuss

dreifach

24. DEZ. 2004

Ab.

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000501739

Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement

3003 Bern

3969

22. Dezember 2004 45C

**Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf
trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung**



Sehr geehrter Herr Bundesrat

Der Regierungsrat des Kantons Bern dankt Ihnen für die Möglichkeit, sich im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens zu eingangs erwähntem Bundesbeschluss äussern zu können.

Gerne teilt er Ihnen mit, dass er mit der Vorlage einverstanden ist und keine Bemerkungen anzubringen hat.

Mit freundlichen Grüssen
Im Namen des Regierungsrates

Die Präsidentin:

Der Staatsschreiber:



Genève, le 2 février 2005



Le Conseil d'Etat

929 - 2005



240 V

Monsieur Christoph BLOCHER
Conseiller fédéral
DEPARTEMENT FEDERAL
DE JUSTICE ET POLICE
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Concerne : Procédure de consultation concernant l'avant-projet d'arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

Monsieur le Conseiller fédéral,

La procédure de consultation citée en marge a retenu toute notre attention, et nous vous faisons parvenir la prise de position de notre gouvernement cantonal.

Sous réserve de quelques observations concernant des points ponctuels, contenues dans l'annexe à la présente, **notre Conseil est favorable à l'avant-projet d'arrêté fédéral proposé.**

En effet, il correspond à l'importance croissante des trusts sur le plan économique dans notre pays et à l'insuffisance du droit suisse en vigueur à ce sujet. L'ordre juridique suisse, nos tribunaux et les opérateurs économiques entrent en contact de plus en plus fréquemment avec des trusts valablement constitués à l'étranger. D'une manière générale, cet avant-projet semble correspondre aux attentes notamment de la place financière suisse, singulièrement des banquiers privés suisses.

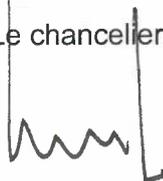
Contrairement à certaines demandes, **il apparaît judicieux de ne pas introduire dans notre législation nationale l'institution du trust, trop étrangère à notre culture juridique.** Mais vu sa complexité, **il serait cependant souhaitable, à l'instar des Pays-Bas, de prévoir une loi d'introduction qui contienne des dispositions charnières faisant fonction d'interfaces avec notre droit civil.** Il est à cet égard symptomatique que peu d'Etats, en dehors de ceux de la common law, ont ratifié la Convention de La Haye qui date de 1985.

En outre, il conviendra de mentionner dans le message du Conseil fédéral, à l'appui du projet d'arrêté fédéral, les restrictions apportées par la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE) en matière de relations de trust concernant des immeubles. En effet, dès qu'une des personnes liées au trust est une personne à l'étranger, il peut y avoir acquisition d'immeuble au sens de la LFAIE. Bien que les immeubles soient régis par la lex rei sitae, que les règles impératives et l'ordre public de chaque Etat soient réservés, il n'est pas inutile d'y faire allusion.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

Le chancelier :



Robert Hensler

La présidente :



Martine Brunschwig Graf

Annexe mentionnée

**Procédure de consultation concernant l'avant-projet d'arrêté fédéral
portant approbation de la Convention de La Haye relative à
la loi applicable au trust et à sa reconnaissance**

Remarques particulières

LDIP

Ad art. 149a et 149b

La Convention de La Haye, à son article 3, limite son application "... *aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit*". Ces nouveaux articles de la LDIP vont plus loin que la Convention puisqu'ils étendent leur application également aux trusts oraux, en employant la notion de "*trusts constitués par acte juridique*", ce qu'indique clairement le rapport explicatif.

Vu la complexité de l'institution du trust et son caractère étranger à notre ordre juridique, cette extension n'est pas souhaitable, ne serait-ce que pour des questions de preuve de la réalité d'un trust. Il y a donc lieu de limiter également l'application de ces dispositions aux seuls trusts écrits.

Ad art. 142b, variante 3

Cette variante limite l'élection en faveur d'un droit étranger dans les cas où, à l'exception de l'élection de droit, il n'existe aucun lien avec l'étranger. Cette variante est à retenir notamment pour éviter d'éventuels abus pour contourner notre législation.

LP

Ad art. 284a, alinéa 1

La question du for de la poursuite n'a pas été expressément traitée. Ce nouvel article prévoit que la poursuite pour des dettes liées à un trust doit être dirigée contre le trustee en qualité de représentant du trust. Faut-il ainsi comprendre que le for de la poursuite sera déterminé en considérant, dans le cas de l'application des articles 46 et suivants LP, que le trustee a qualité de débiteur ?

Ad art. 284a, alinéa 2

Cette disposition prévoit que la poursuite se continue par voie de faillite. Dans l'hypothèse d'un trustee personne physique, la poursuite devrait également se faire par voie de saisie. Cela correspondrait au système actuel où les avoirs des étrangers en Suisse sont liquidés par la voie de la saisie.



DER REGIERUNGSRAT DES KANTONS GLARUS

An das
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Glarus, 18. Januar 2005

Vernehmlassung
Bundesbeschluss über die Genehmigung des
Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht
und über ihre Anerkennung

Hochgeachteter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2004 erteilten Sie uns die Möglichkeit, zum Entwurf des „Bundesbeschlusses über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung“ sowie zum Begleitbericht Stellung zu nehmen, wofür wir Ihnen bestens danken.

Wir begrüssen eine möglichst baldige Genehmigung des Haager Trust-Übereinkommens, da das Rechtsinstitut des common law in den vergangenen Jahren auch in der Schweiz zunehmend an Bedeutung gewonnen hat und in der heutigen Rechtswirklichkeit eine kaum mehr wegzudenkende Tatsache darstellt.

Um so wichtiger ist es, dass dieses auch in unserer Rechtsordnung verankert wird und so die z. Zt. bestehenden Unsicherheiten beim Umgang mit Trusts in der Schweiz beseitigt werden. Richtig ist der Entscheid, sich dem Haager Trust-Übereinkommen anzuschliessen, welches sich unter den Staaten, die das Übereinkommen bereits anwenden, seit einigen Jahren bewährt, statt die Materie autonom im IPRG oder dergl. regeln zu wollen.

Grundsätzlich stimmen wir den einzelnen Bestimmungen des Entwurfes des Bundesbeschlusses zu. Auch wenn weitere Gesetzesanpassungen tunlichst vermieden werden sollten, erlauben wir uns darauf hinzuweisen, dass die Frage betreffend die steuerrechtliche Behandlung von Trust möglichst rasch geklärt werden sollte, da die mannigfaltigsten Trust-Konstrukte möglich sind. Diese verschiedenen Gebilde könnten steuerrechtlich zu Rechtsunsicherheiten führen, womit der Verbreitung der Trusts wiederum nicht gedient wäre.

Wir ersuchen Sie, unseren Bemerkungen und Empfehlungen Nachdruck zu verleihen.

Genehmigen Sie, hoch geachteter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.



IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

Der Landammann:


Jakob Kamm

Der Ratsschreiber:


lic. iur. Hansjörg Dürst

Versandt am: 19. Jan. 2005



Sitzung vom

25. Januar 2005

Mitgeteilt den

25. Januar 2005

Protokoll Nr.

95

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf *trusts* anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2004 haben Sie uns die Gelegenheit gegeben, zum Vorentwurf zum oberwähnten Bundesbeschluss Stellung zu nehmen. Dafür danken wir Ihnen bestens.

Die Regierung begrüsst den Vorentwurf des Bundesbeschlusses über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf *trusts* anzuwendende Recht und über deren Anerkennung und das damit gewählte Vorgehen.

Trusts resp. zu Trusts gehörende oder im Namen von Trusts verwaltete Vermögenswerte haben bereits heute eine wichtige wirtschaftliche Bedeutung für die Schweiz. Sie gehören damit zur Rechtswirklichkeit in der Schweiz und werden über das IPRG auch weitgehend anerkannt. Die Einbringung eines Trusts in eine Rechtsordnung wie die schweizerische, die dieses Institut an sich nicht kennt, ist aus rechtlicher Sicht äusserst komplex und führt zu erheblicher Verunsicherung für alle Betroffenen und potentiellen Interessenten. Es ist absehbar, dass das Trust-Geschäft ein grosses Wachstumspotential beinhaltet, weshalb die Schweiz unbestreitbar ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an der Schaffung vermehrter Rechtssicherheit hat. Mit dem

vorgeschlagenen Vorgehen wird die Rechtssicherheit insbesondere in Bezug auf das anwendbare Recht verbessert, was letztlich zu einer Stärkung des Finanzplatzes Schweiz führt.

Die Vorteile der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens – die internationale Rechtsvereinheitlichung und insbesondere die internationale Signalwirkung – gegenüber der ebenfalls diskutierten blossen Revision des IPRG vermögen zu überzeugen, weshalb wir der Lösung der Ratifikation, ergänzt durch die Anpassungen der vorgeschlagenen Vorschriften im IPRG und SchKG, vorbehaltlos zustimmen können.

Durch die mit dem Bundesbeschluss verfolgten Absichten ist davon auszugehen, dass vermehrt auch schweizerische Finanzintermediäre als Trustee eingesetzt werden. Ihnen fehlt aber nach wie vor unter der geltenden inländischen Gesetzgebung die Möglichkeit, trust-ähnliche Gebilde nach Schweizer Recht anbieten zu können. Die bestehenden Institute wie die Treuhand oder die Stiftung haben zwar gewisse Parallelen mit Trusts, können diese aber nur schwer ersetzen. Interessenten an entsprechenden Dienstleistungen sind somit entweder auf inländische Anbieter (Banken) mit Niederlassung im anglo-amerikanischen Rechtsraum oder auf ausländische Anbieter angewiesen. Wir regen deshalb an, im Anschluss an die Ratifikationsarbeiten Möglichkeiten zur Attraktivitätssteigerung für Treuhandverhältnisse und Stiftungen mit schweizerischem Domizil im Zivil- und Steuerrecht zu prüfen.

Abschliessend danken wir Ihnen nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme.



Namens der Regierung

Die Präsidentin:

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Eveline Widmer-Schlumpf".

Dr. Eveline Widmer-Schlumpf

Der Kanzleidirektor:

A handwritten signature in black ink, appearing to read "C. Riesen".

Dr. C. Riesen

dreifach

DAY

Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Office fédéral
de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne



Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont
t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

Delémont, le 18 janvier 2005

**Arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance
Procédure de consultation**

Madame, Monsieur,

Par la présente, le Gouvernement de la République et Canton du Jura a l'avantage de vous faire parvenir sa prise de position dans le cadre de la procédure de consultation relative à l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

Sur le fond, les remarques contenues dans le rapport explicatif ainsi que l'avant-projet d'arrêté sont pertinents et convaincants. Le Gouvernement peut dès lors se déclarer favorable à l'approbation de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ainsi qu'aux propositions de modifications de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP) et de la loi fédérale du 11 avril 1989 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP).

S'agissant du détail des propositions de modifications apportées aux lois fédérales susmentionnées, le Gouvernement n'a pas de remarques particulières à formuler. Il entend néanmoins prendre position en faveur du projet d'article 149b, alinéa 3, LDIP mis en discussion sous forme de variante, dans la mesure où il lui paraît important d'exclure clairement la reconnaissance de trusts ne présentant pas de liens avec l'étranger.

En vous remerciant de nous avoir associés à la consultation, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de notre parfaite considération.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA


Claude Héche
Président




Sigismond Jacquod
Chancelier d'État



**Justiz- und Sicherheitsdepartement
des Kantons Luzern**
Bahnhofstrasse 15
Postfach 4168
6002 Luzern

Bundesamt für Justiz
Bundeshaus West
3003 Bern

Luzern, 18. Januar 2005

Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und gestatten uns im Namen und Auftrag des Regierungsrates die folgenden Bemerkungen:

Wir begrüssen die Vorlage. Mit der Ratifikation des Haager Übereinkommens und den vorgeschlagenen Neuerungen im IPRG und im SchKG kann in einem für die Banken wichtigen Rechtsgebiet ein grosser Fortschritt erzielt werden. Damit wird die Schweiz als Standort für die Verwaltung von Vermögen aus dem Ausland attraktiver.

Die grundsätzliche Problematik der Materie liegt in den Überschneidungen des sehr vielfältigen Instituts des Trust mit Instituten des Schweizerischen Rechts (Stiftung, Gesellschaft, Auftrag, Anlagefonds, Sachen-/Erbrecht). Letztlich wäre dieser Problematik auf wirklich nachhaltige Weise nur mit einer Regelung des Trust im Schweizerischen Zivilrecht beizukommen. Im Zuge einer solchen Gesetzgebung müssten die vielen Fragen, die im Vernehmlassungsbericht aufgeworfen werden, und die auch mit der Ratifikation des Übereinkommens nicht vollständig gelöst werden können, positivrechtlich gelöst werden. Ein solches Projekt wäre allerdings ein sein grosses gesetzgeberisches Unterfangen (gerade wegen der verschiedenen Rechtstraditionen) und ist daher kaum realistisch. Immerhin können wir uns aber vorstellen, dass die in den Unterlagen erwähnte positivrechtliche Regelung der Treuhand im Schweizerischen Zivilrecht möglicherweise einige wichtige Problemfelder abdecken könnte. Allfällige Aktivitäten des Bundesgesetzgebers in dieser Sache würden wir im Interesse der Rechtssicherheit begrüssen.

Wir bitten Sie, unsere Stellungnahme angemessen zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

Yvonne Schärli-Gerig
Regierungsrätin



Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

Approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

Madame, Monsieur,

Vous avez bien voulu nous consulter en relation avec l'avant-projet d'arrêté portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

Nous avons pris connaissance avec intérêt du rapport explicatif destiné à la consultation et son examen nous permet d'exprimer notre approbation de principe de la ratification de la convention et des adaptations du droit interne prévues dans l'avant-projet d'arrêté fédéral.

Le trust est une institution juridique issue des pays de common law. Elle ne se retrouve pas en tant que telle dans notre système juridique, même si l'on y trouve plusieurs institutions qui s'en rapprochent ou qui en présentent certaines caractéristiques (fiducie, fondation). Il convient de relever – et sur ce point, le rapport nous paraît insuffisamment explicite – que la ratification de la convention et les adaptations du droit fédéral n'ont pas pour effet d'introduire l'institution du trust en droit suisse. La convention se limite en effet à déterminer la loi applicable au trust et à régir les conditions de sa reconnaissance.

La reconnaissance d'un trust implique en particulier que les créanciers personnels du trustee ne puissent pas saisir les biens du trust et que ces derniers soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci (art. 11 de la convention). Les modifications de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite qui sont exposées dans le rapport nous paraissent adéquates pour combler la lacune actuelle de la législation en cette matière.

La Suisse, de par ses banques, sa place financière et ses entreprises internationales, joue un rôle important dans la gestion et l'administration des biens déposés en trusts. La dimension économique croissante des trusts et l'insuffisance du droit en vigueur nécessitent des adaptations de notre législation afin d'offrir des relations juridiques claires aux acteurs économiques qui recourent à cet instrument.

La ratification de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance accroîtra l'attrait de la place financière suisse et renforcera sa compétitivité.

Même si la structure économique de notre canton a plus vocation de place industrielle que financière, nous sommes d'avis qu'il est souhaitable de disposer d'une législation destinée à assurer la sécurité des relations juridiques en relation avec le trust, compte tenu de l'importance croissante que prend cet instrument juridique.

Nous réitérons notre soutien de principe à la ratification de la convention et à l'adaptation du droit interne nécessaire au respect des obligations internationales qu'implique cette ratification.

Au terme de cette prise de position, nous vous remercions pour la faculté qui nous est donnée de nous déterminer sur le projet d'arrêté fédéral ainsi que pour l'attention que vous porterez à nos remarques.

Nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de notre haute considération.

Neuchâtel, le 19 janvier 2005

Au nom du Conseil d'Etat:

La présidente,
S. PERRINJAQUET

Le chancelier,
J.-M. REBER





NAg

Polizeigebäude
Postfach 1561, 6061 Sarnen
Telefon 041 666 62 19
Telefax 041 666 64 52
sgd@ow.ch

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000504175

240. V

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Geschäft-Nr. 20040251

Sarnen, 12. Januar 2005

**Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung;
Vernehmlassung**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2004 haben Sie uns in obgenannter Angelegenheit den Vernehmlassungsentwurf samt Erläuterungen zur Stellungnahme zugesandt. Wir beschränken uns in unserer Vernehmlassung auf die den Kanton berührenden Bereiche.

Geprüft haben wir insbesondere die Auswirkungen der Vorlage auf das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. **Gegen die beabsichtigten Änderungen im SchKG haben wir keine Einwände.**

Freundliche Grüsse
Departementsvorsteherin

Elisabeth Gander, Landammann



Telefon 052 632 73 80
Fax 052 632 78 25

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Schaffhausen, 25. November 2004

**Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung;
Vernehmlassung**

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Gelegenheit, in vorerwähnter Angelegenheit Stellung nehmen zu können, danken wir Ihnen. Gerne kommen wir der Einladung nach.

Wir begrüßen in Anerkennung der wirtschaftlichen Bedeutung des Trusts die Ratifikation des entsprechenden Haager Übereinkommens sowie die daraus resultierenden notwendigen Anpassungen des innerstaatlichen Rechts (IPRG, SchKG). Insbesondere ziehen wir die Ratifikation der (reinen) IPRG-Revision vor. Hinter die kategorische Aussage im erläuternden Bericht (S. 23), wonach der Grundsatz des *numerus clausus* der dinglichen Rechte durch eine Anerkennung des Trusts nicht berührt werde, da das schweizerische Recht das Institut des fiduziarischen Eigentums kenne, möchten wir indes ein Fragezeichen setzen, nachdem der Trustbegriff des Übereinkommens sehr weit gefasst ist und unterschiedliche Ausgestaltungen bestehen sowie aufgrund der Tatsache, dass der Trust ein Treuhandverhältnis darstellt, welches sich nicht unwesentlich von der *fiduzia* unterscheidet. Daher würden wir eine entsprechende Kodifikation im OR und gegebenenfalls Anpassungen des ZGB begrüßen.

Wir hoffen, Ihnen mit unseren Ausführungen zu dienen. Genehmigen Sie, sehr geehrter Herr Direktor, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Mit freundlichen Grüßen

Volkswirtschaftsdepartement
Der Vorsteher:

Dr. Erhard Meister,
Regierungspräsident

Dreifach

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Schwyz, den 1. Februar 2005

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

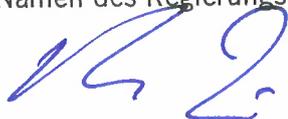
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2004 unterbreitet der Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements den Kantonsregierungen den Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung zur Vernehmlassung bis zum 31. Januar 2005.

Wir befürworten einen Beitritt der Schweiz zum Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung. Auch die vorgeschlagenen Ergänzungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) und die Anpassungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) sind unseres Erachtens zweckmässig.

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Im Namen des Regierungsrates:



Kurt Zibung, Landammann



Peter Gander, Staatsschreiber



Regierungsrat

Rathaus / Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
www.so.ch

KANTON **solothurn**

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000504394

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

24. Januar 2005

Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns eingeladen, uns zum Vorentwurf für einen Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vernehmen zu lassen. Wir folgen der Einladung gerne.

Obwohl der Trust im angelsächsischen Rechtskreis entstanden ist, hat dieses Rechtsinstitut auch ausserhalb der *common law-Staaten* grosse Bedeutung erlangt und ist insbesondere auch in der Schweiz zur wirtschaftlichen und rechtlichen Realität geworden.

Wie Sie in Ihrem erläuternden Begleitbericht schildern, zeigt sich dies zunächst im Bereich der Privatwirtschaft: zahlreiche Vermögenswerte, die zu Trusts gehören oder im Namen von Trusts verwaltet werden, liegen bei Schweizer Banken. Diese richten vermehrt eigene Trustabteilungen ein; generell betätigen sich in der Schweiz immer mehr spezialisierte Firmen sowie Treuhandgesellschaften und Anwälte im Bereich der Trust-Planung und -Administration. Anfangs der 90er-Jahre, als die Frage der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens ein erstes Mal aufgenommen wurde, schien offenbar noch kein entsprechendes Bedürfnis zu bestehen. Bereits wenige Jahre später hatte die wirtschaftliche Bedeutung dieses Rechtsinstituts jedoch schon derart zugenommen, dass Genfer Vermögensverwaltungskreise und die Schweizerische Bankiervereinigung die Frage wieder aufgriffen. Im Jahre 2003 folgte sodann eine entsprechende Motion.

Aber auch der Einzelne kommt im heutigen Rechtsalltag in vielerlei Hinsicht mit Trusts in Berührung. So als Investor in investment trusts, daneben aber auch als Arbeitnehmer: ausländische Firmen bzw. multinationale Unternehmen zahlen oft Beiträge zur beruflichen Vorsorge bzw. Abgangschädigungen in Trusts ein. Betroffen sind schliesslich auch die Behörden: nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch etwa Steuerbehörden oder mit Geldwäscherei befasste Stellen werden immer mehr mit dieser Rechtsform konfrontiert.

Das Trust-Geschäft hat damit in der Schweiz bereits grosse Bedeutung erlangt und verfügt über grosses Wachstumspotential. Das lässt erkennen, dass es wichtig ist, in diesem Bereich Rechtssi-

cherheit zu schaffen: Private und Behörden müssen die im Einzelfall anzuwendenden Rechtsbestimmungen klar eruieren können. Beachtung verdient dabei aber auch ein anderer Aspekt: der Trust ist insbesondere auch bei der ausländischen Kundschaft sehr beliebt. Durch mehr Rechtssicherheit werden bessere Rahmenbedingungen zur Einrichtung und Administration von Trusts in der Schweiz geschaffen. Gepaart mit den Vorteilen, welche unser Finanzplatz bereits bietet, kann so die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz langfristig erhalten und gesteigert werden.

Dabei ist noch einmal zu betonen, dass Trusts bereits de lege lata weitgehend anerkannt werden. Sie werden im Rahmen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) entweder als Gesellschaft (Art. 150 ff. IPRG) oder als Vertrag (Art. 112 ff. IPRG) qualifiziert.

Eine Revision der bestehenden Grundlagen ist angesichts der zunehmenden Bedeutung des Trusts aber vor allem zur Erhöhung der Rechtssicherheit sinnvoll. Dieses Ziel könnte auch durch eine Änderung des IPRG erreicht werden. Der zur Vernehmlassung eingereichte Vorentwurf wählt jedoch die Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens und Anpassungen in verschiedenen Bundesgesetzen. Dies bringt auch aus unserer Sicht den bedeutenden Vorteil, dass die Schweiz an einer internationalen Rechtsharmonisierung teilhaben kann. Ausserdem wird dadurch auch im Hinblick auf die oben erwähnte Stärkung des Finanzplatzes Schweiz international ein wichtiges Signal gesetzt.

Wir befürworten damit den von Ihnen gewählten Weg über eine Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens verbunden mit einer entsprechenden Gesetzesanpassung. Die Anbringung eines Vorbehalts scheint uns nicht erforderlich. Die von Ihnen im Einzelnen vorgeschlagenen Änderungen im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) und im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) erachten wir als sinnvoll und zweckmässig. Anpassungen in weiteren Bundesgesetzen halten wir nicht für nötig, zumal im Bereich des Aufsichtsrechts eine vom Bundesrat eingesetzte Expertenkommission und im Bereich des Steuerrechts eine Arbeitsgruppe bereits entsprechende Möglichkeiten untersucht.

In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen haben wir somit weder Änderungs- noch Ergänzungsvorschläge vorzubringen.

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

Walter Straumann
Landammann

Dr. Konrad Schwaller
Staatsschreiber



DER REGIERUNGSRAT

Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement
3003 Bern

Frauenfeld, 11. Januar 2005

Vernehmlassung zum Entwurf für einen Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Wir danken Ihnen für Ihre Vernehmlassungseinladung vom 25. Oktober 2004 in obgenannter Angelegenheit und teilen Ihnen mit, dass wir keine Einwände gegen die Ratifizierung des Haager Übereinkommens und die vorgeschlagenen Anpassungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht sowie des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs haben. Allerdings stellen wir fest, dass zahlreiche Fragen im Zusammenhang mit den trusts offen bleiben, deren Lösung einmal mehr den Gerichten überlassen wird. Aus steuerlicher Sicht gestatten wir uns zudem die Bemerkung, dass die Besteuerungspraxis zu den trusts in den einzelnen Kantonen äusserst unterschiedlich gehandhabt wird, weshalb wir die Einsetzung einer gemischten Arbeitsgruppe aus Vertreterinnen und Vertretern von Bund und Kantonen zur Ausarbeitung eines Kreisschreibens über die Besteuerung der unterschiedlichen Trustformen sehr begrüssen würden.

Mit freundlichen Grüssen

Der Präsident des Regierungsrates

Der Staatsschreiber

3-fach



Bundesamt für Justiz



BJ-00000000504729

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato 240 V

RACCOMANDATA

Signor

Christoph Blocher

Consigliere federale

Dipartimento federale di giustizia e polizia

Palazzo federale ovest

3003 Berna

Procedura di consultazione inerente il Decreto federale sull'approvazione della Convenzione dell'Aia relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento

Signor Consigliere federale,

abbiamo ricevuto la Sua lettera del 25 ottobre 2004 in merito alla summenzionata procedura di consultazione, e, ringraziando per l'opportunità che ci viene offerta di esprimere il nostro giudizio, formuliamo le osservazioni seguenti.

Il decreto federale posto in consultazione prevede sia l'approvazione della Convenzione dell'Aia sui trust, come pure l'adeguamento della legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato (LDIP) e della legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento (LEF).

Ciò permetterà un incremento della certezza del diritto per un istituto giuridico che assume sempre più importanza in Svizzera nell'ambito economico.

Di conseguenza lo scrivente Consiglio **condivide l'avamprogetto messo in consultazione** e non ha particolari osservazioni da formulare per quanto concerne le singole disposizioni di legge.

Voglia gradire, signor Consigliere federale, l'espressione della nostra alta stima.

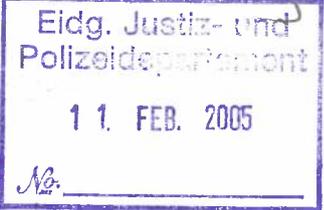
PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente

G. Gendotti

Il Cancelliere

G. Gianella



Bundesamt für Justiz



BJ-00000000504869 ✓

Landammann und Regierungsrat des Kantons Uri

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf *trusts* anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 3. November 2004 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement den Regierungsrat eingeladen, zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf *trusts* anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung Stellung zu nehmen. Für die Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen. Wir äussern uns dazu wie folgt.

Die Vorlage sieht die Ratifizierung des Haager *trust*-Übereinkommens vor. Der *trust* ist insbesondere in Staaten angelsächsischer Rechtstradition verbreitet. Aber auch in der Schweiz liegen zahlreiche zu *trusts* gehörende beziehungsweise im Namen von *trusts* verwaltete Vermögenswerte. Immer mehr Banken haben *trust*-Abteilungen. Daneben spezialisieren sich immer mehr in der Schweiz niedergelassene Firmen auf die Verwaltung von *trusts*. Auch Treuhandgesellschaften und Anwälte sind zunehmend im Bereich der *trust*-Planung und -Administration tätig. Obwohl der *trust* nach dem geltenden schweizerischen Recht bereits weitgehend anerkannt ist, bleibt die bestehende Rechtslage mit etlichen Unsicherheiten behaftet. Es besteht ein grosses wirtschaftliches Bedürfnis nach vermehrter Rechtssicherheit, da eine sichere rechtliche Basis bessere Voraussetzungen für die Einrichtung und Verwaltung

von *trusts* schafft und damit die Attraktivität des Standorts Schweiz steigert. Aus diesem Grund soll das Haager Übereinkommen über das auf *trusts* anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung von der Schweiz ratifiziert werden. Zudem ist eine Anpassung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) vorgesehen, das noch keine Spezialbestimmungen zum *trust* enthält. Gleichzeitig soll das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) angepasst werden, um der im *trust*-Recht vorgesehenen Trennung von *trust*- und *trustee*-Vermögen Rechnung zu tragen.

Wir befürworten die Ratifikation des Haager *trust*-Übereinkommens und stimmen der Anpassungsgesetzgebung grundsätzlich zu. Im Übrigen verzichten wir darauf, uns detailliert zum Vorentwurf zu äussern.

Sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, wir danken Ihnen nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Wir versichern Sie unserer ausgezeichneten Wertschätzung und grüssen Sie freundlich.

Altdorf, 1. Februar 2005



Im Namen des Regierungsrates

Der Landammann


Josef Arnold

Der Kanzleidirektor-Stv.


Dr. Emanuel Strub

Monsieur
Christoph BLOCHER
Conseiller fédéral
Chef du Département fédéral
de justice et police
3003 Berne

Sion, le 19 janvier 2005

Arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

Monsieur le Conseiller fédéral,

Le Conseil d'Etat du canton du Valais vous remercie d'avoir bien voulu consulter les Gouvernements cantonaux à propos de l'objet mentionné sous rubrique et se détermine comme suit :

Quoique étrangère à notre système légal, l'institution anglo-saxonne du trust apparaît néanmoins comme une réalité économique dans notre pays et son importance pour la place financière suisse n'est plus à démontrer. Sous l'angle juridique en outre, la jurisprudence s'est depuis longtemps montrée favorable à la reconnaissance des trusts étrangers en Suisse. Dans ce contexte, la ratification par la Suisse de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance et les modifications législatives nécessaires qui en découlent procèdent d'une volonté de clarification bienvenue et participent de la sécurité du droit en ce domaine. La surveillance de ces entités s'en trouve également renforcée.

Nous constatons, par ailleurs, avec satisfaction que l'article 16 alinéa 1 de la Convention réserve les dispositions impératives du droit suisse au rang desquelles il faut citer la loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE). Dans le même ordre d'idées, l'ajout d'un troisième alinéa au nouvel article 149b LDIP nous semble opportun dans la mesure où il permet d'éviter que, dans des situations purement internes, les parties n'éluident le droit suisse.

Notre examen a porté sur les conséquences de l'adoption de l'arrêté en question sur la législation cantonale ainsi que les éventuelles charges financières supplémentaires qu'elle entraîne pour les cantons. Aucune incidence sensible n'étant à signaler à ces deux égards, le canton du Valais n'a, dès lors, pas de remarque particulière à présenter sur l'avant-projet mis en consultation.

Nous vous souhaitons bonne réception de la présente et vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de notre très haute considération.

Au nom du Conseil d'Etat :

Le président :



Jean-René Fournier



Le chancelier :



Henri v. Roten



Bundesamt für Justiz



BJ-00000000501826

BJ *MB*

LA CONSEILLÈRE D'ÉTAT
CHEFFE DU DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE

240. V



Département fédéral de la justice
et police
Monsieur Christoph Blocher
Conseiller fédéral
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Lausanne, le 28 décembre 2004

Arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance – Consultation

Monsieur le Conseiller Fédéral,

Le projet d'Arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, mis en consultation le 25 octobre dernier, nous est bien parvenu et a retenu notre meilleure attention.

Après étude des documents et consultation des milieux concernés, nous sommes en mesure de vous informer que le Canton de Vaud soutient ce projet d'arrêté.

La ratification de la Convention de La Haye assurera une meilleure sécurité du droit en matière de trusts et facilitera la reconnaissance des trusts étrangers dans notre pays. Elle permettra ainsi d'asseoir la position de la Suisse en tant que place financière internationale.

Nous relevons que l'art. 19 de la Convention réserve expressément la compétence des États en matière fiscale. La pratique constante de notre Canton relative à l'imposition de constituants et de bénéficiaires des divers types de trust ne sera pas modifiée en cas de ratification de dite convention.

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à notre prise de position, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Conseiller Fédéral, l'expression de notre plus haute considération.

Jacqueline Maurer-Mayor



Regierungsgebäude
Postfach, 6301 Zug
T: 041 728 33 11, F: 041 728 37 01
www.zug.ch

Eidg. Justiz und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Zug, 25. Januar 2005 hs

Vernehmlassungsverfahren - Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf *trusts* anzuwendende Recht und ihre Anerkennung - Stellungnahme des Kantons Zug

Hochgeachteter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2004 haben Sie uns in titelerwähnter Angelegenheit zur Vernehmlassung eingeladen. Wir nehmen die Gelegenheit gerne wahr und lassen uns wie folgt vernehmen:

Der Kanton Zug begrüsst die Genehmigung des Haagers Trust-Übereinkommens.

Der Trust ist, obwohl es ein Rechtsinstitut aus den Staaten des common law darstellt, in der Schweiz wirtschaftliche und rechtliche Realität. Es ist daher zu begrüssen, dass über die Ratifizierung des eingangs erwähnten Haager Übereinkommens der Trust auch im schweizerischen Recht eine klare rechtliche Grundlage findet. Mit dem Übereinkommen wird eine heute noch fehlende Rechtsicherheit geschaffen. Die im Übereinkommen vorgesehenen Regelungen sind geeignet und angemessen, um dieses Ziel zu erreichen.

Die geschaffene Rechtssicherheit wird eine Zunahme von Trusts mit Bezug zur Schweiz zur Folge haben, insbesondere der Tätigkeit von Trustees, d.h. Trustverwaltungen. Dies führt zu einer Stärkung des Finanzplatzes Schweiz und somit zur Förderung des Wirtschaftsstandorts Schweiz.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zu Stellungnahme.

Mit vorzüglicher Hochachtung

REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZUG

B. Profos

Brigitte Profos
Frau Landammann


Tino Jorio
Landschreiber

In dreifacher Ausfertigung

Kopie an:

- Finanzdirektion
- Direktion des Innern
- Handelsregisteramt
- Staatskanzlei
- Volkswirtschaftsdirektion (2)
- Eidg. Parlamentarier des Kantons Zug

240. ✓ 21
DAS

DER REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH

an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement

Zürich, den 26. Januar 2005

**Bundesbeschluss über die Genehmigung des
Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende
Recht und über ihre Anerkennung (Vernehmlassung)**

Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2004 haben Sie uns eingeladen, uns zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vernehmen zu lassen. Wir danken für diese Gelegenheit und äussern uns wie folgt:

Das Gedeihen des Finanzplatzes Schweiz ist angesichts seiner herausragenden volkswirtschaftlichen Bedeutung, der Vielzahl von Beschäftigten und des namhaften Steuersubstrats von erstrangiger Bedeutung. Der Beitritt zum Haager Trust-Übereinkommen und die in der Botschaft vorgeschlagene Anpassung nationalen Rechts sind in diesem Zusammenhang zu sehen. Dynamische Mitbewerberstandorte wie London, Kanalinseln, Luxemburg, Liechtenstein oder Singapur kennen das Institut des Trusts bereits. Sie stellen eine ernsthafte Konkurrenz zum hiesigen Finanzplatz dar. Die Schweiz muss hier nachziehen, will sie ihre Wettbewerbsstärke bewahren. Mit dem Bundesbeschluss wird eine Realität in der globalisierten Wirtschaft anerkannt, die je länger je mehr auch in der Schweiz Auswirkungen zeigt. Die Genehmigung des Haager Übereinkommens legalisiert die Realität und schafft somit Rechtssicherheit für alle Betroffenen. **Wir stehen dem Bundesbeschluss deshalb positiv gegenüber**, da eine erhöhte Rechtssicherheit und positive volkswirtschaftliche Auswirkungen zu erwarten sind, weil sämtliche Dienstleistungen eines Trustgeschäfts in der Schweiz abgewickelt werden können. Die mit einem Trust bewirkte vertrauliche Anlage von Geldern und vergleichbaren Sachwerten ist ein sehr erfolgreiches Äquiva-

lent zum Bankgeheimnis. Die Vermögenswerte, die in der Schweiz gehalten werden, können vor einer Abwanderung auf andere Finanzplätze bewahrt werden, und die sich daraus ergebenden Gebühren und Abgaben bleiben hier. Nicht zuletzt hat der Beitritt internationale Signalwirkung: Ein modernes Finanzinstrument unter klaren rechtlichen Bedingungen unterstreicht den seriösen Ruf der Schweiz.

Wir haben allerdings eine Reihe kritischer Anmerkungen zu einzelnen Punkten des erläuternden Berichts anzufügen, die uns zu der Feststellung veranlassen, dass eine Ratifikation des Abkommens erst in Frage kommt, wenn dafür im innerstaatlichen Recht die nötigen Regeln geschaffen worden sind.

Zu Ziffern 1.4.1.1.7 und 2.2 (Unterhaltsstiftung): Weshalb das Verhältnis der Ratifikation des Abkommens zum Verbot der reinen Unterhaltsstiftung und der Familienfideikommiss nicht gesetzlich geklärt wurde, bleibt unklar. Soweit der erläuternde Bericht ausführt, die Verbote beruhten auf überholten Vorstellungen, würde man vom Gesetzgeber erwarten, dass er sie aufhebt. Angesichts der Tatsache, dass die Frage umstritten ist, bedürfte sie einer gesetzlichen Klärung. Die Lehre hält es jedenfalls nicht für unwahrscheinlich, dass nach wie vor eine Verletzung einer *Loi d'application immédiate* vorliegt, wenn der Begünstigte zur Zeit der Errichtung des Trusts seinen Wohnsitz in der Schweiz hat (siehe dazu Zürcher Kommentar, Vischer, N. 34 zu Art. 154 IPRG; ähnlich Heini, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts [Bielefeld, IPRax] 1984, 166f.; Basler Kommentar, von Planta, N. 18 zu Art. 154 IPRG). Noch 1970 war das auch für das Bundesgericht keine Frage (BGE 96 II 79 E. 8, S. 93 o.). Seither wurden dazu keine Entscheide mehr in der amtlichen Sammlung publiziert. Wegen Art. 15 des Haager Trust-Übereinkommens (HTÜ) könnte die umstrittene Frage selbst bei einer Ratifizierung des Abkommens zum Problem werden, denn soweit Art. 335 Abs. 2 ZGB zwingenden Charakter hat, wird die Bestimmung auch vom Übereinkommen geschützt.

Zu Ziffern 1.6 und 2.3 (keine Kodifikation eines Schweizer Trustrechts): Der Vorschlag der Vorlage läuft darauf hinaus, sozusagen im Dutzend ausländisches Recht zu importieren, aber keine Schweizer Regelung für einen Trust oder eine Treuhand zu schaffen: Für die Anwendung ausländischen Rechts soll eine blosse Rechtswahl ohne jeden weiteren Auslandsbezug genügen. Selbst die Schranken des Abkommens in Art. 5-7 werden durch die neuen Bestimmungen von Art. 149b Abs. 1 und 2 IPRG übergangen. Der neue Art. 149b Abs. 3 IPRG, der für eine gültige Rechtswahl einen minimalen weiteren Auslandsbezug verlangt, wird nur im Sinne einer Variante vorgeschlagen. Mit diesem Ansatz werden schwer wiegende Probleme heraufbeschworen. Wie soll die Rechtsprechung Kriterien für den schweizerischen *Ordre public* erarbeiten, wenn es keine Schweizer Trust-Regelung gibt?

Zu Ziffern 2.1 und 2.4 (Preisgabe des schweizerischen Publizitätsprinzips): Im Gesellschaftsrecht gilt in der Schweiz ebenso ein Numerus clausus wie im Sachenrecht. In beiden Fällen ist der Zweck der gleiche: Die Teilnehmenden des Rechtsverkehrs, besonders die Kreditgebenden, sollen vor dem Einwand einer internen Sonderabrede im Interesse einer fairen Wirtschaftsordnung geschützt werden. Mit dem Argument, eine Differenzierung mache wenig Sinn, will der Bundesrat mit E 149a und 149b IPRG nun aber selbst mündlichen Trusts zur Anerkennung verhelfen (S. 30 der Erläuterungen). Damit wird die Frage des Bestehens eines Trusts zur blossen Beweisfrage. Noch im Konkurs des *trustees* könnte wirksam behauptet werden, es bestehe eine mündliche Trustabrede, sodass das vom «*trustee*» verwaltete Vermögen aus der Konkursmasse auszusondern sei (S. 37). Das gesellschaftsrechtliche Publizitätsprinzip verkommt so zur Farce. Es wird reduziert auf die niedrigstmögliche Reglementierung, die irgendein Land für opportun hält. Entsprechend soll es nach der Vorlage auch ausschliesslich vom gewählten Recht abhängen, ob das Trustvermögen im Konkurs des *trustees* aussondert wird oder nicht (S. 19). Dies, obwohl das Abkommen in Art. 11 Abs. 3 Spielraum für nationale Regeln enthält und obwohl doch das Zwangsvollstreckungsrecht zur ureigenen Domäne jedes souveränen Staates gehört. Ausgerechnet in dieser wichtigen Frage erweist sich der erläuternde Bericht als widersprüchlich: Während an der zitierten Stelle das anwendbare ausländische Recht als massgeblich erklärt wird, wird in Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung auf S. 38 ausgeführt, es sei an den Handlungsbefugten des konkreten Trusts, die Aussonderungsklage anzustrengen und nachzuweisen, dass die Gläubiger vom Bestehen eines Trustverhältnisses zumindest hätten wissen müssen. Dies kann aber gar nicht sicher gesagt werden, solange man die Beweislastverteilung gemäss dem Recht des Herkunftslandes nicht kennt (s. Art. 11 Abs. 3 lit. a und b HTÜ) und auch keine Minimalgarantien im schweizerischen Recht festgeschrieben werden. Solche Bedenken lassen sich nicht einfach mit den Gesetzen angelsächsischer Staaten entkräften, denn die Rechtsordnung mit der niedrigsten Normierdichte wird bei einer blossen Anerkennungsregelung den Takt vorgeben (in Betracht kommt, wie im erläuternden Bericht auf S. 27 eingeräumt wird, insbesondere das liechtensteinische Recht).

Mehr erfahren möchte man auch zur Frage, wie man sich im Zusammenhang mit den **Widerspruchsklagen** nach Art. 107 bis 109 SchKG Mitgewahrsam zwischen dem Trust und dem *trustee* vorstellen muss (S. 38).

Eine Schweizer Trust-Regelung müsste eine (zum *Ordre public* zu zählende) Bestimmung enthalten, wonach niemandem ein Trustverhältnis entgegengehalten werden kann, der von dessen Bestand nichts weiss. Vorgesehen ist jedoch nur eine rudimentäre Registerrege-

lung für Grundstücke und Immaterialgüterrechte (Art. 149c IPRG). Nur in diesem Bereich soll der Gutgläubensschutz gelten (Art. 149c Abs. 3 IPRG). Im erläuternden Bericht überhaupt nicht angesprochen wird Art. 930 ZGB, wonach vom Besitzer einer beweglichen Sache vermutet wird, er sei ihr (uneingeschränkter) Eigentümer. Unklar ist, ob dies weiterhin gilt (wie eigentlich schon aus Art. 15 Abs. 1 lit. f HTÜ folgt), denn der erläuternde Bericht führt auf S. 22 aus, «aus dem Besitz einer Sache könne heutzutage ohnehin nicht mehr auf die tatsächliche Berechtigung des Inhabers geschlossen werden».

Aus Sicht potenzieller Investoren ergeben sich **grosse Unsicherheiten, weil punkto Publizität und Gläubigerschutz sowie bezüglich des Steuerrechts zahlreiche ungeklärte Fragen der Praxis anheim gestellt würden** und dabei durchaus auch zum Nachteil des *settlers* entschieden werden könnten.

Zu Ziffer 2.5 (**keine Aufsicht**): Der Bundesbeschluss verzichtet auf die Schaffung einer Aufsicht. Damit fällt er hinter die Regelung in den Herkunftsländern des Trusts zurück, die eine strenge gerichtliche Aufsicht kennen. Wer soll sich denn aber z. B. um die bestimmungsgemässe Verwendung eines Zweck-Trusts ohne eigentliche Begünstigte, aber mit weit reichenden Kompetenzen des *trustees* (discretionary trust) kümmern, wenn es keine Aufsicht gibt? Die Behörden im Sitzstaat werden sich kaum an Stelle der Schweiz der Aufgabe annehmen, denn sie kennen häufig nicht das Inkorporationsprinzip, sondern knüpfen ihre Zuständigkeit an den Schwerpunkt der Verwaltung an. Der Verzicht auf aufsichtsrechtliche Bestimmungen steht auch in Widerspruch zum übrigen Zivilrecht: Sowohl der Willensvollstrecker als auch die Konkursverwaltung (als mit dem Trust-Gedanken verwandte Erscheinungen des schweizerischen Rechts) unterstehen einer Aufsicht. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die Stiftungen. Im internationalen Verhältnis erachtete der Gesetzgeber die Aufsicht bisher als derart wichtig, dass er bei einer testamentarischen Wahl des ausländischen Heimatrechts des Erblassers für die Willensvollstreckung ausschliesslich die Anwendung des schweizerischen Rechts gestattet (Art. 92 Abs. 2 IPRG). Wenn im Vorkonsultationsverfahren offenbar aus Bankenkreisen zumindest eine Bewilligungspflicht für *trustees* verlangt wurde, dann nicht nur aus Marktabschottungsüberlegungen: Ein Chaos ist vorprogrammiert, wenn die Funktion des *trustees* von jedem Treuhänder bekleidet werden kann. Im Bereich der Aufsicht ist das Inkorporationsprinzip übrigens äusserst fragwürdig, denn der Sache nach geht es hier um Verwaltungsrecht.

Zu Ziffer 2.6 (**keine steuerrechtliche Regelung**): **Die Herkunftsländer des Trusts kennen durchaus steuerrechtliche Sonderregelungen**, wie etwa der englische Taxation of Chargeable Gains Act aus dem Jahre 1992 zeigt, der sich mit der Aufteilung der Steuerpflicht für Kapitalgewinne und übrige Einkünfte zwischen dem *trustee* und den *beneficiaries* befasst.

Zu Ziffer 4.1 (**Ressourcen-Prognose**): Der Verzicht auf eine eigene Schweizer Trust-Regelung bewirkt im Verbund mit der geplanten Attraktivitätssteigerung für in der Schweiz verwaltete Trusts und mit dem völligen Verzicht auf eine Aufsichtsbehörde, dass die Gerichte mit Streitigkeiten über Trusts aus vielen verschiedenen Ländern konfrontiert sein werden, selbst mit solchen von rechtsstaatlich wenig gefestigten Staaten. Das anzuwendende Recht wird zum Teil schwer zu ermitteln sein. Ein brauchbarer Massstab für unseren *Ordre public* im Trustrecht wird mit dem Verzicht auf eine schweizerische Trust-Regelung gar nicht erst geschaffen. *Trustee* kann sein, wer immer es will. Der Schweizer Bankplatz bürgt bisher für Seriosität. Erleichterten Zugang zum Trust-Institut erhielten aber auch Finanzintermediäre, die keinesfalls die Standards einer Bank erreichen. Die Erfahrungen aus dem Bereich der Aufsicht über die Willensvollstrecker lassen jedenfalls Probleme befürchten. **Die Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens ohne flankierende Schweizer Trust-Regelungen im Zivil-, Verwaltungs- und Steuerrecht wird die Justiz vor grosse Probleme stellen und damit den Beteiligten teure und aufwendige Verfahren aufzwingen.**

Der erläuternde Bericht führt Bedenken rechtspolitischer Natur gegen das Haager Trust-Übereinkommen bzw. gegen dessen Genehmigung aus; insbesondere wirft er die Frage der erhöhten Gefahr von Geldwäscherei auf. Der Trust wird in der Schweiz gerne als Mittel zur Verdunkelung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse und als Instrument zur Steuerhinterziehung, Geldwäsche, Verletzung von Pflichtteilen u. Ä. gesehen. Der *trustee* ist als Finanzintermediär verpflichtet, sowohl den *settlor* (als «Vertragspartner» im Sinne von Art. 3 Geldwäschereigesetz [GwG]) als auch die *beneficiaries* als wirtschaftlich Berechtigte zu identifizieren (Art. 4 Abs. 1 Bst. a GwG; vgl. zum Ganzen: Art. 20 Abs. 2 der Verordnung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei über die Pflichten der ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre [GwV Kst, SR 955.16]). Diese Verpflichtung gilt nicht nur bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung, sondern während ihrer ganzen Dauer (Art. 5 Abs. 1 GwG), womit dem Umstand Rechnung getragen wird, dass der *beneficiary* bei gewissen Trusts wechseln oder noch gar nicht bestimmt sein kann. Ist der *trustee* selber nicht berufsmässig tätig und damit nicht Finanzintermediär im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 GwG, wird er in aller Regel mit einem solchen – beispielsweise einer Bank oder einer professionellen Vermögensverwaltung – zusammenarbeiten, der dann seinerseits verpflichtet ist, eine schriftliche Erklärung über die wirtschaftlich berechtigte Person einzuholen. Diese Pflicht besteht sowohl auf Grund von Buchstabe a als auch von Buchstabe b von Artikel 4 Absatz 1 GwG, da Trusts hier als Sitzgesellschaften gelten (Art. 3 GwV Kst). Banken sind schon auf Grund von Artikel 3 und 4 der Vereinba-

nung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken zur Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten verpflichtet. Daraus ergibt sich, dass die zur Verhinderung von Geldwäscherei erforderliche Transparenz bei in der Schweiz verwalteten Trusts gewährleistet ist. Die Schweiz setzt sich mit einer Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens nicht in Widerspruch zu ihrer Haltung im Rahmen der Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux GAFI. Letzteres gilt umso mehr, als der Trust mit der Ratifikation des Übereinkommens nicht neu in die Schweiz eingeführt wird. Die Ratifikation hat lediglich zur Folge, dass der Trust auf eine solidere rechtliche Basis gestellt wird, was der Bekämpfung der Geldwäscherei letztlich dienlich ist. Ein Trust lässt sich wirksamer überwachen, wenn Klarheit über seine zivilrechtlichen Wirkungen besteht. Die Schweizer Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei ist in diesem Sinne einer Ratifikation gegenüber positiv eingestellt.

Im Übrigen sei noch darauf hingewiesen, dass die Transparenzprobleme, die sich beim Trust stellen, bereits bei der Treuhand gegeben sind. Auch die Treuhand beruht auf einer Spaltung zwischen formellem Eigentum und wirtschaftlicher Berechtigung. Sie kann genauso formlos errichtet werden wie ein Trust, und selbst die Begünstigung kann gleich ausgestaltet werden. Der Treuhänder kann sich selber oder einen Dritten als Begünstigten einsetzen oder die Bestimmung des Begünstigten dem Treuhänder oder einer anderen Person überlassen. Er kann sich zudem das Recht ausbedingen, während der Dauer der Geschäftsbeziehung die Begünstigung neu zu regeln. Die Treuhand ist insofern sogar bedenklicher als der Trust, weil der Treugeber sich ein vollumfängliches Weisungsrecht vorbehalten kann, was im anglo-amerikanischen Recht nicht möglich ist. Was den Trust für unlautere Machenschaften möglicherweise attraktiver macht als die Treuhand, ist der Umstand, dass die Gläubiger des *trustee* nicht auf das Treugut greifen können. Hier ist allerdings zu bedenken, dass nach der Praxis des Bundesgerichts dasselbe kraft Artikel 401 Absatz 1 OR auch bei der Treuhand zu gelten scheint, sobald der Treuhänder das Treugut auf ein Bankkonto transferiert. Die Forderung gegen die Bank verbleibt zwar vorerst im fiduziarischen Eigentum des Treuhänders. Mit Konkurs des Letzteren geht sie indes durch Legalzession auf den Treugeber über.

Was die steuerliche Behandlung von Trusts betrifft, begrüßen wir die Einsetzung einer entsprechenden Arbeitsgruppe der Schweizerischen Steuerkonferenz, da diesbezüglich bis heute eine einheitliche Regelung fehlt.

Aus aufsichtsrechtlicher Sicht zu bedenken ist, dass Trusts wie Stiftungen verselbstständigte Vermögen sind. Obwohl es Unterschiede zwischen den beiden Rechtsgebilden gibt, kann ein Trust dieselben Zwecke

wie eine Stiftung verfolgen. Durch die Bildung eines Trusts könnte demnach die Aufsicht über Stiftungen umgangen werden. Wie im erläuternden Bericht ausgeführt wird, ist jedoch schon heute eine Umgehung der «Aufsicht» durch z. B. liechtensteinische Stiftungen möglich. Andererseits wäre es mit dem Haager Übereinkommen auch vereinbar, aufsichtsrechtliche Bestimmungen vorzusehen. Gemäss erläuterndem Bericht soll sich die Expertenkommission Zimmerli zum Bundesgesetz über die Finanzmarktaufsicht mit dieser Problematik befassen. Auf Grund der besonderen Art des Rechtsgebildes «Trust» wäre es unserer Ansicht nach aber nicht sinnvoll, Trusts der Stiftungsaufsicht zu unterstellen.

Genehmigen Sie, Herr Bundesrat, die Versicherung unserer ausgezeichneten Hochachtung.



Im Namen des Regierungsrates
Der Präsident:

Der Staatsschreiber:

RRB Nr. 132/2005

Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Bern, 31. Januar 2005

Vernehmlassungsverfahren: Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 20. Oktober 2004 haben Sie uns eingeladen, zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Äusserung und unterbreiten Ihnen hiermit unsere Haltung.

Als Partei, die sich für eine nachhaltige liberal-soziale Marktwirtschaft einsetzt, begrüsst die CVP eine möglichst baldige Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens, weil damit nicht nur für die in der Schweiz tätigen Banken in einem wichtigen Geschäftsbereich Rechtssicherheit entsteht, sondern diesen auch neue Möglichkeiten zur Geschäftstätigkeit eröffnet werden. Dies trägt zur Stärkung des Finanzplatzes und damit des Wirtschaftsstandortes Schweiz bei.

Aus diesen Überlegungen erachten wir es auch als vordringlich, das Haager Trust-Übereinkommen schnell zu ratifizieren. Die Anpassungen in einzelnen Bundesgesetzen sind gleichzeitig auf ein Minimum zu beschränken, um keine unnötigen Verzögerungen zu provozieren. Geklärt werden sollte indes, und zwar möglichst schnell, die steuerliche Behandlung der Trusts.

Schliesslich möchten wir noch festhalten, dass wir die Ratifikation des Übereinkommens einer autonomen Regelung im IPRG aus verschiedenen Gründen klar vorziehen.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren, für die Möglichkeit zur Stellungnahme und verbleiben

mit freundlichen Grüssen

CHRISTLICHDEMOKRATISCHE VOLKSPARTEI DER SCHWEIZ



Doris Leuthard, Nationalrätin
Parteipräsidentin



Reto Nause
Generalsekretär

Thun, 27. Januar 2005

An das
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

**Bundesbeschluss über die Genehmigung des
Haager Übereinkommens über das auf trusts
anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung**
Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Vernehmlassungsunterlagen. Wir nehmen, auf Antrag der vorberatenden Politikkommission, gerne Stellung dazu. Sie erhalten diese in drei Exemplaren.

Einleitung

Die EDU versteht sich als eine wirtschaftlich unabhängige politische Partei. Im Bereich des "Finanzplatzes Schweiz" plädiert sie für Transparenz und Gerechtigkeit und kann daher von ihr als falsch empfundene Tendenzen und Prägungen sowie Fehlverhalten nicht gutheissen.

Grundsätzliche Überlegungen

Die Ratifizierung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung bewerten wir als eine reine Kommunikationsmassnahme. Wir verstehen, dass die wirtschaftliche Bedeutung von trusts in der Schweiz zunimmt und dass eine Beteiligung am Übereinkommen die Rechtssicherheit für die Behandlung ausländischer trusts in unserem Land schafft. Da das Haager trust-Übereinkommen nicht in Widerspruch zur Haltung der Schweiz im Rahmen der *Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux* (GAFI) steht, sehen wir keinen Grund, eine Beteiligung abzulehnen. Die Ratifikation hat lediglich zur Folge, dass der trust auf eine solidere rechtliche Basis gestellt wird, was letztlich der Bekämpfung der Geldwäscherei dienlich ist.

Schlussbemerkung

Aus diesem Grund unterstützt die EDU eine Ratifikation des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung durch die Schweiz, sowie die daraus resultierende Anpassung des schweizerischen Rechtes (vor allem IPRG).

Wir danken für Ihre Kenntnisnahme und Ihre weiteren Bemühungen zum Wohle der Allgemeinheit.

Mit freundlichen Grüssen

Für die EDU Schweiz

Der Präsident: Der Sekretär:



Hans Moser

Thomas Feuz

einige aktuelle Unterlagen

Schon besucht?

www.edu-udf.ch

www.udf.ch



NAU

Luc RECORDON
Conseiller municipal à Jouxens-Mézery
Conseiller national
Grand-Chêne 8
1002 LAUSANNE
Téléphone : (021) 345.36.40
Télécopieur : (021) 345.36.44

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
Att. M. Heinrich Koller, directeur
3003 Berne

Lausanne, le 5 avril 2005

Concerne : déterminations des Verts suisses sur l'Arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

Monsieur le Directeur,

M'apercevant de ce que, par un malheureux concours de circonstances les déterminations mentionnées sous rubrique ne sont pas parties à temps, je prends néanmoins la liberté de vous les adresser sous ce pli, en partant de l'idée qu'elles vous seront peut-être de quelque utilité.

Je vous prie d'excuser ce contre-temps et d'agréer, Monsieur le Directeur, l'expression de votre considération distinguées.

Pour les Verts suisses :

Luc Recordon, conseiller national

DETERMINATIONS DES VERTS SUISSES SUR L'ARRETE FEDERAL PORTANT
APPROBATION DE LA CONVENTION DE LA HAYE RELATIVE A LA LOI
APPLICABLE AU TRUST ET A SA RECONNAISSANCE

Dans l'ensemble, les Verts saluent le principe du projet. Il doit permettre en effet de clarifier une situation juridique difficile, liée à une institution juridique particulière de droit anglo-saxon. Cette institution concerne cependant de plus en plus de justiciables dans notre pays. Il est dès lors important que ceux-ci puissent au besoin faire valoir sans difficultés leurs droits en Suisse également, sans subir le risque de devoir entamer des procédures coûteuses pour eux et pour les pouvoirs publics suisses.

A cet égard il serait d'ailleurs souhaitable de reprendre l'idée de régler en droit suisse la figure assez proche de la fiducie, simultanément au présent projet ou immédiatement après. Il est en effet paradoxal de ne régler que la question de la reconnaissance en droit suisse d'un instrument de droit étranger, ainsi que ses rapports avec certaines parties du droit interne (notamment successoral), sans complètement clarifier les instruments très proches qui peuvent être employés chez nous aujourd'hui déjà. On en reste ainsi à une situation à moitié clarifiée, ce qui n'est pas satisfaisant.

Sur les propositions de détail, nous émettons les observations suivantes :

- il faut compléter le projet en droit successoral de manière à préciser que celui qui élève des prétentions relatives à un trust doit en priorité s'en prendre au trustee pour les biens encore à disposition dans le trust, afin de simplifier l'action civile et d'éviter que le demandeur soit obligé d'agir tous azimuts, assez souvent même simultanément en Suisse et à l'étranger ;
- il est indispensable d'introduire, toujours en droit successoral, l'obligation impérative du trustee de renseigner les héritiers réservataires sur la composition et sur les bénéficiaires du trust, à défaut de quoi la violation éventuelle d'une réserve successorale ne pourra pas être contrée de manière efficace ;
- en droit des poursuites, le choix de la continuation de la poursuite par voie de faillite est mauvais, car tout tombe alors dans la masse, même pour une créance modeste, au risque d'ailleurs de provoquer souvent une faillite internationale, ce qui est très lourd : la continuation par voie de saisie est une bien meilleure solution.

Les Verts vous remercient de bien vouloir tenir compte des remarques qui précèdent.

Berne, le 4 février 2005

Pour les Verts Suisses :





240.7

Office fédéral de la Justice
A l'attention de Monsieur
Christophe Blocher
Conseiller fédéral
3003 Berne

Berne, le 28 janvier 2005

**Procédure de consultation
Convention de la Haye sur les trusts**

Monsieur le Conseiller fédéral,

Nous vous remercions d'avoir associé le Parti libéral suisse (PLS) à la procédure de consultation citée en titre et nous avons le plaisir de vous faire parvenir, ci-dessous, notre réponse.

Notre Association a depuis longtemps estimé nécessaire de procéder à la ratification de la Convention, compte tenu de l'importance primordiale que revêt l'activité liée aux trusts au sein de la place financière suisse et, en particulier, dans le domaine du « *private banking* ». Les éléments suivants méritent d'être mis en exergue :

1. **Révision de la LDIP comme alternative à la ratification de la Convention**

Nous avons constaté avec satisfaction que le Département fédéral de justice et police (DFJP) avait renoncé dans son projet à envisager une révision de la LDIP comme alternative à la ratification de la Convention (chiffre 1.5, p. 29 et suivante). En effet, une telle révision impliquerait un travail important du législateur suisse qui ne manquerait pas de retarder encore davantage la reconnaissance des trusts en Suisse. Par ailleurs les risques de contradiction entre la LDIP et la Convention seraient inévitables et porteraient préjudice à la sécurité du droit en la matière. Enfin, compte tenu de la dimension souvent internationale du trust, il paraît préférable de se joindre à un effort d'unification juridique à large échelle par le biais d'une Convention plutôt que d'opter pour une solution purement locale.

2. **Registre du patrimoine mobilier**

Il faut saluer le fait que le projet du DFJP (chiffre 1.4.4.1) n'ait pas retenu la proposition contenue dans le rapport de l'OFJ qui entendait rendre obligatoire l'inscription dans un registre public de l'existence d'une relation de trust portant sur un patrimoine mobilier.

Il convient de relever que cette obligation n'était pas du tout envisagée par le Professeur Luc Thévenoz dans son étude de 2001 commandée par l'OFJ. En effet, il s'exprime en ces termes à ce propos : « *On remarquera que l'article 12 de la Convention et la règle ci-dessus proposée visent une faculté du trusté, et non une obligation de s'identifier comme tel ou de rendre manifeste l'existence du trust. En effet, l'acte de trust (trust deed) et, subsidiairement, la loi applicable au trust, ne font pas nécessairement obligation au trusté de rendre l'existence d'un trust manifeste pour les tiers. Sous réserve de la loi qui régit le trust, l'acte de trust peut faire de cette forme de publicité une obligation, une simple faculté, voire l'interdire. Un tel choix du settlor est de nature à réduire sensiblement le droit de suite des bénéficiaires à l'encontre des acquéreurs. Il n'appartient cependant pas au droit suisse de transformer la faculté prévue par la Convention en une véritable obligation* » (Luc Thévenoz, Trust en Suisse : Adhésion à la Convention de la Haye sur les trusts et codification de la fiducie, Schulthess 2001, p. 121, extrait souligné par nos soins).

Sauf à vouloir enlever toute portée pratique à la ratification de la Convention par la Suisse, il était impératif de supprimer cette obligation d'inscription portant sur un patrimoine mobilier.

3. Surveillance des trusts et des trustés

Le DFJP a renoncé à inclure dans son projet des dispositions régissant la surveillance des trusts. Toutefois, le rapport explicatif précise qu'« *il est parfaitement loisible au législateur suisse d'adopter des dispositions relatives à la surveillance des trusts. Il pourrait, par exemple, soumettre les trusts à une surveillance similaire à celle qui s'applique aux fondations ou soumettre l'exercice à titre professionnel de l'activité de trustee au régime de l'autorisation.* » (chiffre 2.5, p. 40).

Il nous paraît très important de ne pas soumettre les trusts à une surveillance disproportionnée. En effet, tout comme la problématique du registre public évoquée ci-dessus, une surveillance trop étendue dans ce domaine pourrait réduire de manière sensible les avantages liés à la ratification de la Convention. Il convient de rappeler dans ce contexte que, dans les pays anglo-saxons à l'origine de la notion de trusts, la surveillance ne s'exerce souvent que pour les trusts créés sous forme de « *charity* ». Cas échéant, une solution similaire devrait être adoptée en Suisse. Il faut d'ailleurs souligner que la plupart des trustés actifs en Suisse font déjà l'objet d'une surveillance en leur qualité d'intermédiaires financiers.

De même, il nous semble contreproductif de vouloir soumettre l'exercice à titre professionnel de l'activité de trustee au régime de l'autorisation. En effet, il faut se demander quelle serait l'autorité chargée d'attribuer les licences et quels critères devraient être appliqués à cet effet. Le rapport ne dit rien à ce sujet. La mise en place d'une autorité ad hoc aurait inmanquablement pour effet d'entraîner une charge administrative, des coûts et des retards supplémentaires.

Sur le plan pratique, on voit d'ailleurs mal comment on pourrait amener des trustés étrangers à se plier à des exigences de droit suisse pour voir les trusts dont ils sont responsables reconnus par la législation helvétique. Une telle exigence semble contraire au but de la Convention, qui est de permettre la reconnaissance en Suisse de trusts valablement constitués selon un droit étranger et, dans la plupart des cas, avec un trusté étranger.

De plus, la Grande-Bretagne, berceau du trust, n'impose aucune surveillance aux trustés et considère que les rapports de trust relèvent exclusivement du droit privé. A cela s'ajoute encore que le Luxembourg, qui vient de ratifier la Convention en question, ajustement renoncé à instaurer un tel régime d'autorisation. Il est difficilement concevable que la Suisse

impose à sa place financière des conditions plus strictes dans ce domaine que ses principaux concurrents européens, sauf à vouloir mettre en péril sa compétitivité.

4. Fiscalité

Le projet du DFJP ne contient pas de dispositions de droit fiscal. Il se borne à relever qu'un groupe de travail a été mis sur pied sous l'égide de la Conférence fiscale suisse (CFS) qui sera amené à établir « une liste des problèmes fiscaux rencontrés dans le problème des trusts » et à proposer « des solutions qui pourraient être fixées dans une circulaire de la CFS ou de l'administration fédérale des contributions » (chiffre 2.6, p. 41).

La problématique fiscale revêt une importance cruciale dans ce débat et on peut regretter qu'elle soit sous-estimée par le DFJP. En effet, ce dernier semble penser que la sécurité juridique assurée par le biais de la ratification de la Convention suffira à accroître considérablement l'attractivité de la place financière suisse dans le domaine des trusts et permettra d'éviter un exil des affaires liées à ce type de structures vers d'autres centres offshore (chiffres 1.4.3.2 p. 21 et 4.3, p. 44).

La ratification de la Convention est certes un préalable indispensable, mais malheureusement pas suffisant, pour le développement de l'activité des trusts en Suisse. Un régime fiscal favorable, en comparaison internationale, pour le patrimoine du trust administré par un trustee en Suisse constitue une condition sine qua non à l'essor de ce secteur dans notre pays.

5. Lutte contre le blanchiment d'argent

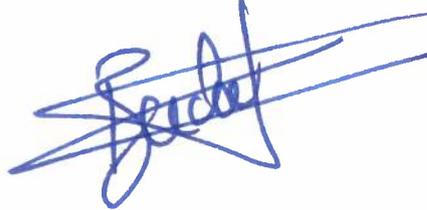
Il nous paraît important de souligner que la ratification de la Convention par la Suisse ne constitue nullement un obstacle à la lutte anti-blanchiment, compte tenu des obligations très strictes qui incombent aux intermédiaires financiers en matière d'identification de l'ayant droit économique. Ce point est expressément reconnu par le DFJP dans son rapport explicatif, dont il convient de citer quelques extraits ici : « il ressort tout d'abord que notre législation garantit la transparence nécessaire à empêcher le blanchiment d'argent par des trusts administrés en Suisse (...) La ratification a pour seule conséquence d'asseoir le trust sur des bases juridiques plus solides, ce qui, en définitive, ne peut être que profitable à la lutte contre le blanchiment d'argent. Un trust peut être surveillé de manière plus efficace lorsque la transparence règne à l'égard de ses effets de droit civil. Cela explique que l'Autorité suisse de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent soit favorable à une ratification de la convention » (chiffre 1.4.5.1, p. 27).

Le PLS tient à souligner le fait que la ratification de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ne constituera un progrès effectif qu'à la condition que le volet civil contenu dans la Convention puisse s'adosser à une pratique fiscale appropriée. Il est en effet indispensable que les réflexions actuellement menées au sein des administrations fiscales, et plus particulièrement par la Conférence suisse des impôts, tiennent compte des spécificités juridiques du trust et des relations qui lient settlor, trustee et bénéficiaires potentiels. Une vision trop "helvétique" de ces concepts nous ferait vivement craindre que le traitement fiscal des flux financiers concernant chacun des acteurs précités soit à ce point défavorable que l'élan donné par la ratification de la Convention de La Haye soit stoppé net et son effet réduit à néant. De telles craintes sont aujourd'hui fondées lorsque l'on voit comment la question du trust est appréhendée par l'administration fédérale des contributions dans le cadre des dispositions d'applications de l'Accord conclu entre la Suisse et l'Union européenne en matière de fiscalité de l'épargne: il faut à notre avis bannir de la réflexion les solutions et interprétations par trop "suisse" et privilégier celles qui se fonderont sur une compréhension exacte du concept anglo-saxon du trust et de ses acteurs,

de leurs droits et de leurs obligations.

En vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien accorder à notre réponse, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, les assurances de notre très haute considération.

PARTI LIBERAL SUISSE
Le Secrétaire général

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Berdat', is written over two horizontal lines. The signature is stylized and somewhat abstract.

Christophe Berdat



Schweizerische Volkspartei
Union Démocratique du Centre
Unione Democratica di Centro
Partida Populara Svizra

Brückfeldstrasse 18
Postfach
CH-3000 Bern 26
PC-Kto. 30-8828-5

Telefon 0041-(0)31 300 58 58
Telefax 0041-(0)31 300 58 59
gs@svp.ch
www.svp.ch

Generalsekretariat
Secrétariat général

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 27. Januar 2005

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Vernehmlassungsantwort der Schweizerischen Volkspartei (SVP)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung, im Rahmen des obgenannten Vernehmlassungsverfahrens Stellung zu nehmen. Gerne äussern wir uns dazu wie folgt:

Die SVP unterstützt den Beitritt der Schweiz zum Haager Trust Übereinkommen. Der Beitritt ist wichtig für den Finanzplatz Schweiz und ermöglicht es, eine momentan herrschende Rechtsunsicherheit für Anleger zu beheben. Zudem unterstützt der Beitritt zum Haager Trust Übereinkommen die internationale Konkurrenzfähigkeit der Schweizer Banken und bringt erb- und steuerrechtliche Vorteile.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI

Der Parteipräsident

Ueli Maurer
Nationalrat

Der Generalsekretär

Gregor A. Rutz

nky

**Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz
Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse
Conferenza degli ufficiale di esecuzione e fallimenti della Svizzera
Conferenza dals funcziunaris da scussiun e falliment de la Svizra**

Dr. Werner Müller, Präsident
Ungarbühlstrasse 49
8200 Schaffhausen

Schaffhausen, 14. Januar 2004

Tel. Privat 052/625 79 62
Tel. Büro 052/632 54 60
Fax Büro 052/632 54 80
E-Mail Büro: werner.mueller@ktsh.ch

Bundesamt für Justiz



Bundesamt für Justiz
Bundesrain20
3003 Bern

**Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung
Vernehmlassung**

Sehr geehrter Herr Bundesrat,

Sehr geehrte Damen und Herren,

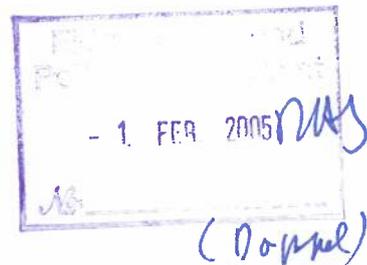
Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 25. Oktober 2004 und danken Ihnen, dass Sie unsere Konferenz einmal mehr in den Kreis der interessierten Verbände aufgenommen und ihr Gelegenheit gegeben haben, sich zum erwähnten Bundesbeschluss äussern zu können.

Die neuen Bestimmungen der Art. 284a und 284b SchKG veranlassen uns nicht zu eingehenden Ausführungen; ihre Bedeutung wird sich in der Praxis erweisen müssen, wobei wir nicht von zahlreichen Fällen ausgehen.

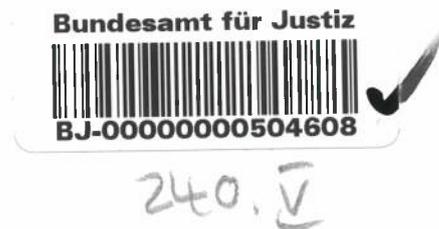
Mit freundlichen Grüssen

KONFERENZ DER
BETREIBUNGS- UND
KONKURSBEAMTEN
DER SCHWEIZ

(Dr. W. Müller, Präsident)



Herrn
Bundesrat
Dr. Christoph Blocher
Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern



Basel, 31. Januar 2005
J.2/CWi/BSt/JRe

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung. Unsere Vereinigung wurde im Dezember 2003 im Rahmen eines informellen Vorkonsultationsverfahrens in gleicher Sache zur Stellungnahme eingeladen. An unserer damaligen Vernehmlassungsantwort vom 30.3.2004 (vgl. Beilage) halten wir fest.

I. Zusammenfassung

- Unsere Vereinigung begrüsst den vorgeschlagenen Bundesbeschluss. Die möglichst baldige Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens ist notwendig, weil damit Rechtssicherheit in einem für die Banken wichtigen Geschäft erreicht werden kann.
- Wir befürworten insbesondere die Einsetzung einer Arbeitsgruppe der Schweizerischen Steuerkonferenz (SSK), welche die steuerlichen Probleme in Zusammenhang mit Trusts auflisten und Lösungen vorschlagen wird.
- In Bezug auf einzelne Gesetzesanpassungen schlagen wir den ausdrücklichen Ausschluss von „Constructive Trusts“ in Art. 149b IPRG vor. Zudem regen wir an, in Art. 284b SchKG neu auch den Fall einer Betreibung gegen den Trustee, der selbst nicht in Konkurs geht, zu regeln.

II. Allgemeine Bemerkungen

Der Trust ist heute ein im schweizerischen Bankgeschäft bekanntes und bereits stark verbreitetes Rechtsverhältnis. Die Trusts haben für den Finanzplatz Schweiz, insbesondere die Schweizer Banken und Trustgesellschaften eine grosse wirtschaftliche Bedeutung. Zahlreiche von Trusts gehaltene Vermögenswerte liegen bei Schweizer Banken und werden von diesen oder deren Servicegesellschaften verwaltet. Schweizer

Banken und werden von diesen oder deren Servicegesellschaften verwaltet. Schweizer Banken haben sich in den letzten Jahren immer mehr auf die Verwaltung von Trusts spezialisiert. Das Trustgeschäft hat für sie zunehmend an Bedeutung gewonnen, und es darf erwartet werden, dass seine Bedeutung in Zukunft noch zunehmen wird.

Trotz seiner Bedeutung in der Praxis ist der Trust nach wie vor ein in der schweizerischen Rechtsordnung unbekanntes Rechtsinstitut. Dies führt zu schwierigen Abgrenzungsfragen insbesondere in Bezug auf das anwendbare Recht. Damit drohen Kontroll- und Compliance-Risiken. Bis auf wenige Ausnahmen verzichten deshalb die Schweizer Banken darauf, Trusts von der Schweiz aus zu verwalten.

Mit der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens lässt sich eine entscheidende Verbesserung der Rechtssicherheit als Folge der formellen Anerkennung ausländischer Trusts erreichen. So wird die Schweiz wesentlich attraktiver für die Führung ausländischer Trusts, wovon nicht nur die Banken, sondern die gesamte Wirtschaft und der Fiskus profitieren werden.

III. Bemerkungen zum vorgeschlagenen Bundesbeschluss

Die Schweizerische Bankiervereinigung begrüsst den vorgeschlagenen Bundesbeschluss. Wir nehmen mit Befriedigung zur Kenntnis, dass die im Vorkonsultationsverfahren als Variante zur Ratifikation des Abkommens diskutierte autonome Lösung im IPRG nicht weiterverfolgt wurde. Eine solche Lösung wäre mit vielen Nachteilen verbunden gewesen und hätte insbesondere umfangreiche Gesetzgebungsarbeiten erfordert, womit eine weitere Verzögerung der Anerkennung von Trusts gedroht hätte. Wir hoffen, dass die für die Ratifikation erforderlichen Schritte möglichst bald eingeleitet werden und insbesondere die Vorlage mit einer hohen Priorität in die parlamentarische Behandlung geschickt wird.

Wir begrüssen, dass verschiedene in unserer Stellungnahme vom 30.3.2004 vorgebrachten Anliegen Aufnahme in den Bundesbeschluss resp. in den erläuternden Begleitbericht gefunden haben. Namentlich haben wir darauf hingewiesen, dass die mit der Ratifikation angestrebten positiven Auswirkungen auf das Trustgeschäft in entscheidendem Masse von der steuerlichen Behandlung in der Schweiz abhängen. Unserem Anliegen nach Einsetzung einer Arbeitsgruppe zur Prüfung der steuerlichen Fragen wird entsprochen, indem eine Arbeitsgruppe der Schweizerischen Steuerkonferenz (SSK) beauftragt wird, die steuerlichen Probleme in Zusammenhang mit Trusts aufzulisten und Lösungen vorzuschlagen, die in einem Kreisschreiben der SSK oder der EStV festgehalten werden sollen (vgl. Begleitbericht, Ziff. 2.6., S. 39).

Zu nachfolgenden Punkten erlauben wir uns, die bereits im Vorkonsultationsverfahren geäusserten Bemerkungen zu erneuern:

ad Art. 149b IPRG

Das HTÜ soll nur auf rechtsgeschäftlich errichtete Trusts Anwendung finden. Sog. „constructive Trusts“ und ähnliche Rechtsgebilde sollen hingegen nach den ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen beurteilt werden. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese Gebilde in Zukunft dennoch als rechtsgeschäftliche Trusts betrachtet werden und damit in den Anwendungsbereich des HTÜ fallen, sollte Art. 149b IPRG insoweit verdeutlicht werden.

ad Art. Art. 284b SchKG

Wir regen an, neu auch den Fall einer **Betreibung gegen den Trustee, der selbst nicht in Konkurs geht**, zu regeln.

Mit freundlichen Grüßen
Schweizerische Bankiervereinigung



R. Schwob



C. Winzeler

Beilage

Bundesamt für Justiz
Herrn Prof. Dr. Heinrich Koller
Bundeshaus West
3003 Bern

Basel, 30. März 2004
J.2/CWI/BST

Rechtliche Behandlung des Trust in der Schweiz (Haager Trust-Übereinkommen)

Sehr geehrter Herr Professor Koller

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Vernehmlassung betreffend den Vorentwurf und Begleitbericht über die rechtliche Behandlung des Trust in der Schweiz (Haager Trust-Übereinkommen).

I. Zusammenfassung

- Unsere Vereinigung begrüsst eine möglichst baldige Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens, weil damit Rechtssicherheit in einem für die Banken wichtigen Geschäft erreicht werden kann.
- Die Ratifikation des Übereinkommens ist einer autonomen Regelung im IPRG vorzuziehen.
- Die Ratifikation macht nur Sinn, wenn gleichzeitig auch die steuerliche Behandlung von Trusts geklärt wird. Entsprechende Vorschläge sollten möglichst rasch erarbeitet werden, damit sich die Ratifikation des Übereinkommens nicht weiter verzögert.
- Die Anpassungen in einzelnen Bundesgesetzen sollen auf ein Minimum beschränkt bleiben.
- Zu den einzelnen Gesetzesanpassungen schlagen wir vor:
 - Art. 149a Abs. 2 IPRG: Streichung des alternativen Gerichtsstands am Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort des Beklagten;
 - Art. 149b IPRG: Ausdrücklichen Ausschluss von „constructive Trusts“
 - Art 149d IPRG: Verzicht auf die Schaffung eines Fahrnisregisters;
 - ZGB: Aufnahme eines neuen Art. 208 Abs. 3 ZGB;
 - SchKG: Aufnahme eines Aussonderungsrechts bei Betreibungen gegen einen Trustee, die nicht zum Konkurs führen;

- Steuerrecht: Klärung der steuerlichen Behandlung der Trusts, umgehende Einsetzung einer AG der ESTV, um die steuerliche Behandlung der Trusts beförderlich zu klären.
- Aufsichtsrecht: Lizenzerfordernis für Trustees, soweit sie nicht regulierte Finanzintermediäre sind (Banken, Effektenhändler) oder zum Konsolidierungskreis eines solchen gehören; darüber hinaus jedoch keine institutionalisierte Aufsicht.

II. Allgemeine Bemerkungen

Der Trust ist heute ein im schweizerischen Bankgeschäft bekanntes und bereits stark verbreitetes Rechtsverhältnis. Die Trusts haben für den Finanzplatz Schweiz, insbesondere die Schweizer Banken und Trustgesellschaften eine grosse wirtschaftliche Bedeutung. Zahlreiche von Trusts gehaltene Vermögenswerte liegen bei Schweizer Banken und werden von diesen oder deren Servicegesellschaften verwaltet. Schweizer Banken haben sich in den letzten Jahren immer mehr auf die Verwaltung von Trusts spezialisiert. Das Trustgeschäft hat für sie zunehmend an Bedeutung gewonnen, und es darf erwartet werden, dass seine Bedeutung in Zukunft noch zunehmen wird.

Trotz seiner Bedeutung in der Praxis ist der Trust nach wie vor ein in der schweizerischen Rechtsordnung unbekanntes Rechtsinstitut. Dies führt zu schwierigen Abgrenzungsfragen insbesondere in Bezug auf das anwendbare Recht. Damit drohen Kontroll- und Compliance-Risiken. Bis auf wenige Ausnahmen verzichten deshalb die Schweizer Banken darauf, Trusts von der Schweiz aus zu verwalten.

Vor diesem Hintergrund hat unsere Vereinigung bereits im Jahre 2001 mit Schreiben an die Vorsteherin des EJPD die baldige Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens (HTÜ) angeregt. An der damaligen Position halten wir fest.

Mit der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens lässt sich eine entscheidende Verbesserung der Rechtssicherheit als Folge der formellen Anerkennung ausländischer Trusts erreichen. So wird die Schweiz wesentlich attraktiver für die Führung ausländischer Trusts, wovon nicht nur die Banken, sondern die gesamte Wirtschaft und der Fiskus profitieren werden.

III. Zur Steuerfrage

Der Vorentwurf und Begleitbericht des BFJ über die rechtliche Behandlung des Trust in der Schweiz schafft eine gute Basis für den Ratifizierungsprozess. Da die mit der Ratifikation angestrebten positiven Auswirkungen auf das Trustgeschäft in entscheidendem Masse von der steuerlichen Behandlung des Trusts in der Schweiz abhängen, ist eine Klärung der entsprechenden Fragen von zentraler Wichtigkeit.

Wir hoffen und erwarten, dass die entsprechenden Schritte nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens unverzüglich eingeleitet werden.

IV. Zu möglichen Alternativen einer Ratifikation

In Bezug auf die in Kapitel 36 des Berichts thematisierte Alternative zur Ratifikation sind wir der Auffassung, dass eine autonome Regelung im IPRG mit erheblichen Nachteilen verbunden wäre¹. Sie hätte namentlich umfangreiche Gesetzgebungsarbeiten zur Folge, womit eine weitere Verzögerung der Anerkennung von Trusts in der Schweiz drohte. Zudem könnten Widersprüche zum Haager Übereinkommen nicht ausgeschlossen werden.

Da es sich beim Trust um ein international verbreitetes Rechtsinstitut handelt, ist die Teilnahme an einer internationalen Rechtsvereinheitlichung vorzuziehen. Die Schweiz kann so ein Zeichen der Offenheit setzen und der geschaffenen Rechtssicherheit eine wesentlich grössere Publizitätswirkung verleihen als mit einer autonomen Regelung. Dies wiederum dürfte sich wiederum positiv auf die Attraktivität des Finanz- und Trustverwaltungsplatzes Schweiz auswirken.

V. Zu den einzelnen Gesetzesanpassungen

In Bezug auf die Anpassungen in einzelnen Bundesgesetzen sprechen wir uns für grösstmögliche Zurückhaltung aus und befürworten die Konzentration auf einzelne unerlässliche Anpassungen. Es gilt zu vermeiden, dass die mit der Ratifikation erreichten Vorteile durch unpraktikable oder kontraproduktive Gesetzesanpassungen neutralisiert werden. Damit soll zudem eine weitere Verzögerung verhindert und eine rasche Ratifizierung möglich werden. Weitere Anpassungen können später geprüft werden, nachdem erste Erfahrungen mit der Umsetzung der Konvention vorliegen.

Im Grundsatz erachten wir die vorgeschlagenen Gesetzesanpassungen als zweckdienlich, erlauben uns aber Bemerkungen zu den folgenden Punkten:

ad Art. 149a Abs. 2 IPRG:

Wir erachten es als zu weitgehend, neben dem Sitz des Trusts wahlweise auch den Gerichtsstand am Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort des Beklagten vorzusehen. Stattdessen schlagen wir vor, in Übereinstimmung mit Art. 5 Ziff. 6 des Lugano-Übereinkommens (LugÜ) bei Truststreitigkeiten als Gerichtsstand nur den Sitz des Trust oder dessen Verwaltungsort vorzusehen.

ad Art. 149b IPRG:

Das HTÜ soll nur auf rechtsgeschäftlich errichtete Trusts Anwendung finden. Sog. „constructive Trusts“ und ähnliche Rechtsgebilde sollen hingegen nach den ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen beurteilt werden (vgl. Begleitbericht, Ziff. 413). Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese Gebilde in Zukunft dennoch als rechtsgeschäftliche Trusts betrachtet werden und damit in den Anwendungsbereich des HTÜ fallen, sollte Art. 149b IPRG insoweit verdeutlicht werden.

¹ vgl. dazu insbes. auch MAYER THOMAS M., Das Haager Trust-Übereinkommen, in: AJP/2004, 165.

ad Art. 149d IPRG:

Die im Begleitbericht nicht näher begründete Schaffung eines Fahrnisregisters und die entsprechende Eintragungspflicht von Trustsverhältnissen lehnen wir ab, weil sie zu einem unverhältnismässigen administrativen Aufwand und zu einer unnötigen Komplizierung des Trustgeschäfts führen würde. Art. 12 HTÜ sieht lediglich die fakultative Eintragung vor. Dementsprechend gelangte Prof. Thévenoz in seiner Untersuchung auch zum Schluss, dass die Aufnahme eines Obligatoriums ins schweizerische Recht nicht notwendig sei².

ZGB:

Der Vollständigkeit halber empfiehlt es sich, im Sinne des Vorschlages von Prof. Thévenoz einen neuen Art. 208 Abs. 3 ZGB aufzunehmen, damit auch das Familienrecht abgedeckt wird.

SchKG:

Die neu vorgeschlagenen Bestimmungen im SchKG sehen keine Regelung vor bei Betreibungen gegen einen Trustee, die nicht zum Konkurs führen. Auch für diese Fälle sollte ein Aussonderungsrecht vorgesehen werden.

Steuerrecht:

Die steuerliche Behandlung von Trusts in der Schweiz bleibt von der Ratifikation des Haager Übereinkommens unberührt (Art. 19 HTÜ) und beurteilt sich weiterhin ausschliesslich nach schweizerischem Recht, weshalb im Rahmen des vorliegenden Berichts auch nicht darauf eingegangen wird.

Eine Klärung der steuerlichen Behandlung von Trusts in der Schweiz erachten wir jedoch als dringlich und unverzichtbar. Ohne eine klare und kompetitive Regelung der Steuerfolgen von in der Schweiz verwalteten Trusts wird das Ziel, den Finanzplatz für Trusts attraktiv zu machen, verfehlt. Es ist deshalb von grosser Wichtigkeit, dass eine Arbeitsgruppe der Steuerverwaltung mit der Prüfung der steuerlichen Fragen beauftragt wird.

Aufsichtsrecht:

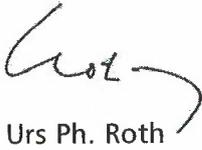
Ebenfalls offen lässt der Bericht die Frage allfälliger aufsichtsrechtlicher bzw. bewilligungsrechtlicher Bestimmungen. Er erwähnt lediglich, dass es dem schweizerischen Gesetzgeber unbenommen sei, „in Zusammenhang mit Trusts aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu erlassen. Er kann beispielsweise gewisse Trusts einer Art Stiftungsaufsicht unterstellen oder die gewerbliche Ausübung einer trustee-Tätigkeit von einer amtlichen Zulassung abhängig machen“ (Ziff. 436).

Wir befürworten ein Lizenzerfordernis für Trustees, die keiner Finanzmarktaufsicht unterstehen, also keine Banken bzw. Effektenhändler sind und auch nicht zum Konsolidierungskreis eines solchen Finanzintermediärs gehören. Dadurch sind den Trustees gewisse Minimalanforderungen aufzuerlegen, um die in diesem Bereich unabdingbare Seriosität der Berufsgattung sicherzustellen. Hingegen ist aus unserer Sicht eine

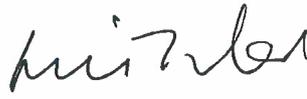
² „Il n'appartient cependant pas au droit suisse de transformer la faculté prévue par la Convention en une véritable obligation“, vgl. THEVENOZ LUC, Trust en Suisse : Adhésion à la Convention de la Haye sur les trusts et codification de la fiducie, Schulthess 2001, S. 121.

institutionalisierte, permanente Beaufsichtigung der Trustees vergleichbar der Stiftungsaufsicht abzulehnen, zumal die internationale Rechtsvergleichung hierfür keine Anhaltspunkte liefert.

Mit freundlichen Grüßen
Schweizerische Bankiervereinigung



Urs Ph. Roth



Christoph Winzeler

Bundesamt für Justiz
3003 Bern



Zürich, 28. Januar 2005/sz

Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zu dieser Vorlage Stellung nehmen zu können.

Der KV Schweiz anerkennt die wachsende Bedeutung, die Trusts in der Vermögensverwaltung einnehmen. So haben sich insbesondere auch viele Auslandbanken auf die Verwaltung von Trusts spezialisiert und führen dafür eigene Abteilungen. Der Trust ist ein insbesondere in Staaten angelsächsischer Rechtstradition verbreitetes Instrument, das ähnlichen Zwecken dient wie die Stiftung und Treuhand in der Schweiz.

Wir haben die Vorlage geprüft, und wir sind mit dem vorgeschlagenen Weg zur Anerkennung ausländischer Trusts via **Ratifikation des Haager-Trust-Übereinkommens** mit entsprechenden **Anpassungen im schweizerischen Recht** – konkret im **Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)** und im **Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)** – **grundsätzlich einverstanden**. Mit der Ratifikation des Abkommens würde Rechtssicherheit in einem für die Finanzinstitute wichtigen Bereich erzielt. Der Finanzplatz Schweiz würde gegenüber Konkurrenten wie Luxemburg, Grossbritannien und Hong Kong gestärkt, welche dieses Übereinkommen ebenfalls anerkennen.

Allerdings **vermissen wir in Ihren Unterlagen Ausführungen über die steuerliche Behandlung** von Trusts und über die **fiskalischen Auswirkungen**, die mit der Neuregelung verbunden wären. Wir erwarten hier eine **möglichst harmonisierte Steuerregelung** und erachten es als richtig, zur Abklärung raschmöglichst eine **Arbeitsgruppe der Eidg. Steuerverwaltung** einzusetzen und deren **Überlegungen in die Botschaft aufzunehmen**. Die Resultate sind für uns ein wichtiges Kriterium zur später vorzunehmenden definitiven Einschätzung dieser Vorlage.

Mit freundlichen Grüssen

KAUFMÄNNISCHER VERBAND SCHWEIZ



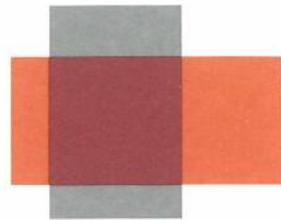
Alexander Tschäppät
Zentralpräsident



Prof. Dr. Edi Class
Generalsekretär



MAJ



economiesuisse

Bundesamt für Justiz
Herrn Bundesrat Christoph Blocher
Bundesrain 20
3003 Bern

31. Januar 2005

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Sehr geehrter Herr Bundesrat Blocher
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2004 haben Sie uns eingeladen, zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung Stellung zu nehmen. Für die gebotene Gelegenheit zur Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens.

Seitens unserer Mitglieder haben wir zu dieser Spezialmaterie wenige Reaktionen erhalten. Der hauptinteressierte Finanzsektor hat sich bereits in früheren Phasen positiv geäussert und auf die grosse Bedeutung von Trusts im Bankgeschäft und der Vermögensverwaltung hingewiesen. Im Sinne der Rechtssicherheit erscheint eine rasche Anpassung des Schweizer Rechtes notwendig. Wir verzichten entsprechend auf eine detaillierte Kommentierung und beschränken uns auf nachstehende generelle Bemerkungen:

- **Wir unterstützen im Sinne der Rechtssicherheit und Signalwirkung die Ratifizierung des Haager** Abkommens und die in der Vernehmlassungsunterlage vorgeschlagenen notwendigen Anpassungen des Schweizer Rechtes. Damit werden auch die Rahmenbedingungen für Transaktionen mit Trusts in der Schweiz klar verbessert. Eine **autonome Anpassung** des IPRG ohne Ratifikation des Trust-Abkommens könnte wohl Rechtssicherheit schaffen, nicht aber die erwünschte positive Signalwirkung entfalten. Aus den in Ziff. 1.5 (S.28) des erläu-

ternden Berichtes angeführten Gründen können wir diese Variante nicht unterstützen.

- Betreffend der Behandlung unter den **Geldwäscherei-Bestimmungen** halten wir fest, dass das Schweizer Recht bereits die revidierten Anforderungen der FATF / GAFI erfüllt und dass daraus kein negatives Argument abgeleitet werden kann.
- Wir begrüßen ausdrücklich, dass im Sinne der Stellungnahmen im Vorverfahren auf schlanke Strukturen geachtet und **keine überflüssigen administrativen Hürden aufgebaut** werden. Die entsprechenden Anpassungen gegenüber dem Vorentwurf begrüßen wir ausdrücklich.
- Im Sinne einer beförderlichen Behandlung wird im Rahmen der heutigen Vorlage auf eine **Anpassung des Steuerrechtes zu Recht verzichtet**. Wir unterstreichen aber die Forderung im Rahmen des Vorverfahrens, die **steuerliche Behandlung zu klären und zu verbessern**. Ohne eine solche Anpassung kann die erwünschte positive Wirkung nur ungenügend erreicht werden. Entsprechend erwarten wir, dass die eingesetzte Arbeitsgruppe der Schweizerischen Steuerkonferenz rasch entsprechende Lösungen in Zusammenarbeit mit den betroffenen Wirtschaftssektoren bereitstellt.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen. Der Rechtsunterzeichnende steht Ihnen für weitere Informationen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
economiesuisse



Dr. Rudolf Ramsauer
Vorsitzender der Geschäftsleitung



Thomas Pletscher
Mitglied der Geschäftsleitung



SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND
UNION PATRONALE SUISSE

Bundesamt für Justiz



BJ-0000000501655

240. ✓

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

21. Dezember 2004/rs

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung – Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat uns eingeladen, zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung Stellung zu beziehen. Da diese Frage gemäss Arbeitsteilung mit economiesuisse – Verband der Schweizer Unternehmen – in dessen Zuständigkeitsbereich fällt, verzichten wir auf eine eigene Eingabe.

Wir schliessen uns indessen vollumfänglich der Stellungnahme des Verbandes der Schweizer Unternehmen an.

Mit freundlichen Grüssen

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND

Der Direktor

Dr. Peter Hasler



**PRISE DE POSITION DE LA FEDERATION SUISSE DES AVOCATS, RELATIVE
AU RAPPORT DE L'OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE,
du 16 septembre 2004, intitulé :**

**«ARRETE FEDERAL PORTANT APPROBATION DE LA CONVENTION
DE LA HAYE RELATIVE A LA LOI APPLICABLE AUX TRUSTS ET A
SA RECONNAISSANCE»**

I. GENERALITES

La présente prise de position a été préparée par une commission ad hoc de la FSA, constituée de Mes Jörg B. Bühlmann, Jean-Luc Chenux, Aldo Crivelli, Jean-Pierre Gross et Fabio Soldati.

Elle fait suite à celle du 31 mars 2004 sur le rapport de l'Office fédéral de la justice du 18 décembre 2003 intitulé «*Le traitement juridique du trust en Suisse (Convention de La Haye sur les trusts)*», laquelle était clairement en faveur de la proposition de ratification de la Convention de La Haye sur les trusts et d'instauration de règles de conflit de for complémentaires.

La FSA se limitera dès lors à commenter ci-après les modifications législatives proposées à la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé et à la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

II. LOI FEDERALE SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Article 5, alinéa 4 nouveau

Compte tenu de la systématique de la LDIP, la réserve de l'alinéa 3 apparaît opportune s'agissant de la désignation unilatérale prévue par l'article 149 a LDIP. On ne perçoit guère, en revanche, la pertinence de l'alinéa 2 qui vise à éviter qu'une partie, peut-être économiquement plus faible, soit privée abusivement du for de son juge naturel¹ ou encore qu'il y ait lieu de réserver l'article 2, alinéa 2 CCS².

Rappelons que la Convention de Lugano vise également à la protection de la partie «faible» en posant que la prorogation de for doit respecter certaines conditions énumérées aux articles 12 ou 15 concernant les assurances et les contrats conclus par les consommateurs³.

Dans ces conditions, il serait opportun de prévoir de manière expresse, à l'instar du système prévu à l'article 17, alinéa 3 de la Convention de Lugano,

¹ B. Dutoit, Droit international privé suisse, 2001, n. 11, p. 15; Zürcher Kommentar zum OPRG-Volken, 2004, n° 102 ad article 5 LDIP;

² Andreas Bucher, Droit international privé suisse, 2^{ème} édition, 2004, n+ 118, p. 32.

³ Andreas Bucher, op. cit. n° 100, p. 27

les matières précises pour lesquelles l'élection de for serait rendue inopérante par des règles de for impératives prévues par la LDIP.

Comme on le verra à propos de l'article 149 a, alinéa 1 LDIP, il apparaît à tout le moins souhaitable de rendre inopérante l'élection de for qui dérogerait aux fors impératifs prévus par la LDIP dans les matières visées à l'article 15 de la Convention de La Haye.

Article 21 a nouveau

Cet article prévoit que l'article 21 - qui traite de la notion du siège et de l'établissement des sociétés - s'applique «par analogie» aux trusts au sens du chapitre 9 a. Cette disposition s'appliquera en particulier pour la définition du siège du trust visée par l'article 149 a, alinéa 2, lettre b (examiné ci-après). On peut se demander s'il ne serait pas plus clair, à l'article 149 a, alinéa 2, lettre b de remplacer la notion de siège du trust par la formulation suivante :

«b) *au lieu désigné par les dispositions du trust ou, à défaut de désignation, du lieu où le trust est administré en fait.*»

Cette formulation ferait l'économie du nouvel article 21 a LDIP. Bien plus, un simple renvoi analogique à l'article 21 LDIP prête à confusion dans la mesure où cette disposition fait référence à des termes étrangers à l'institution du trust, à savoir les termes de «statuts» et de «contrat de société».

De l'avis de la FSA, il serait opportun de compléter cette disposition pour régler l'hypothèse où les biens du trust sont sis dans des lieux différents, sans nécessairement être l'objet d'une gestion unique. On pourrait alors prendre en considération le lieu avec lequel le trust présente les liens les plus étroits et se référer, pour le déterminer, aux critères qui sont mentionnés à l'article 7 de la Convention de La Haye concernant le droit applicable.

Chapitre 9 a : Droit applicable aux trusts

D'une manière générale, il apparaît opportun d'étendre la réglementation du chapitre 9 a à tous les trusts, y compris aux trusts constitués par une déclaration orale. Cela devrait être précisé dans le texte légal. La référence à l'article 2 de la Convention de La Haye contenue à l'article 149 a LDIP prête toutefois à confusion à cet égard dans la mesure où ladite convention - certes à son article 3 - ne vise que les trusts dont la preuve est rapportée par écrit.

Article 149 a nouveau

La réglementation proposée par cette disposition procède de l'idée que le constituant doit être libre de choisir le for. Aux yeux de la FSA, il apparaît justifié de s'écarter en la matière des dispositions limitatives de la LDIP relatives aux sociétés, lesquelles ne permettent pas l'élection de for.

En outre, il est cohérent de ne prévoir une élection de for que si elle est faite par écrit. En effet, ce système est comparable à celui de la Convention de

Lugano dont il y a lieu de s'inspirer dans un souci d'uniformité⁴. La référence «aux dispositions du trust» doit être saluée dans la mesure où les clauses attributives de juridiction ne seront pas très fréquentes dans l'acte constitutif du trust⁵.

En revanche, on doit regretter que cette disposition diffère sur d'autres points du système aménagé par la Convention de Lugano.

Ainsi, l'article 17, alinéa 2 de la Convention de Lugano prévoit une élection de for exclusive pour les actions contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust s'il s'agit de relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust. Il s'agit donc des relations internes au sein du trust⁶.

Or, l'article 149 a nouveau ne précise pas si l'élection de for est exclusive ou non. Afin de lever ce doute et d'harmoniser la LDIP avec la Convention de Lugano, il conviendrait de prévoir une élection de for exclusive uniquement pour les actions concernant les relations internes au sein du trust.

Au surplus, l'article 17, alinéa 3 de la Convention de Lugano réserve les fors impératifs prévus par l'article 16, soit notamment en matière de droits réels⁷. La Convention de Lugano ne s'applique pas en matière de régimes matrimoniaux, de testaments et de successions de sorte qu'il n'existe évidemment pas de fors réservés dans ces matières.

A la différence du système explicite adopté par la Convention de Lugano (réserve expresse de fors impératifs), le projet d'article 149 a LDIP pourrait susciter des incertitudes quant à la portée de l'élection de for résultant des dispositions d'un trust. Ainsi, compte tenu du champ d'application extrêmement large de la réglementation de la règle de conflit de fors de l'article 149 a LDIP (validité, effets juridiques, administration, modification ou cessation d'un trust dans les relations internes et externes) et des difficultés propres à la qualification de l'action en droit international privé⁸, certaines règles de conflit de fors impératives de la LDIP pourraient être éludées. A titre d'exemple, une élection de for concernant une question relative aux «effets juridiques» d'un trust pourrait conduire à désigner un tribunal étranger appliquant la *lex fori*. Celle-ci pourrait alors ignorer les dispositions impératives (dans les matières réservées par l'article 15 de la Convention de La Haye) qu'un juge suisse compétent en vertu d'une règle de for impérative aurait été appelé à appliquer (par exemple les règles sur la réserve en matière successorale).

Par conséquent, il apparaît opportun aux yeux de la FSA de prévoir de manière explicite que toute élection de for en matière de trust, qu'elle concerne

⁴ Hélène Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3^{ème} édition, 2002, p. 115.

⁵ Hélène Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, pp. 115-116

⁶ Hélène Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, p. 115

⁷ L'article 16 de la Convention de Lugano prévoit des fors impératifs en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles; en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un Etat contractant, ou des décisions de leurs organes; en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à enregistrement et en matière d'exécution des décisions.

⁸ Ces difficultés expliquent sans doute la réserve de certaines matières à l'article 15 de la Convention de La Haye sur le plan du droit applicable.

ou non les relations internes du trust, est sans effet si elle déroge aux fors impératifs prévus par le droit international privé suisse dans les matières visées à l'article 15 de la Convention de La Haye.

Enfin, l'article 149 a, alinéa 1 fait référence à un «trust constitué par acte juridique», sans autre précision. Ces termes pourraient faire penser que seuls les trusts constitués par écrit sont visés, en raison de la référence à l'article 2 de la Convention de La Haye (dont l'article 3 exclut les trusts constitués oralement). Pour éviter une telle interprétation, on pourrait mentionner de manière explicite dans cette disposition que les trusts visés sont ceux qui sont constitués par acte juridique écrit ou oral.

Sur le plan formel, on proposera la modification suivante à l'article 149 a, alinéa 1 :

«Le tribunal désigné selon les dispositions du trust est compétent pour connaître des actions visant la validité, les effets juridiques, l'administration, la modification ou la fin d'un trust au sens de l'article 2 de la convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, qu'il soit constitué par acte juridique écrit ou oral. La clause attributive de juridiction ou la clause déléguant le droit de fixer une telle attribution ne doit être observée que si elle est prévue dans les dispositions du trust par écrit ou par toute autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte».

En ce qui concerne la réglementation par défaut de l'article 149, alinéa 2, l'argumentation de l'Office fédéral de la justice concernant l'emploi du terme de défendeur au lieu de trustee est convaincante et la FSA s'y rallie.

Article 149 b nouveau

Comme à l'article 149 a, alinéa 1, le terme «acte juridique» utilisé à l'article 149 b, alinéa 1 pourrait prêter à confusion et sembler se limiter au trust constitué par écrit. L'article 149 b, alinéa 1 devrait plutôt être formulé de la manière suivante :

«Les trusts constitués par acte juridique écrit ou oral sont régis par la convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance».

On saluera le fait que la Suisse renonce à se prévaloir de la clause d'exception prévue à l'article 13 de la Convention.

Enfin, la FSA est favorable à la suppression pure et simple de l'article 149 b, alinéa 3. En effet, tel qu'il est rédigé, cet article ne vise qu'une situation dans laquelle il n'existe aucun lien avec l'étranger. Or et par définition, un rapport de droit sans élément d'extranéité ne relève pas du champ d'application de la LDIP. Ainsi, seules les règles de droit interne devraient s'y appliquer sans qu'il soit possible de «recevoir» en droit interne une institution qu'il ne régit pas lui-même.

Article 149 c - DISPOSITIONS SPECIALES CONCERNANT LA PUBLICITE

La FSA se félicite en particulier de la suppression - dont elle avait manifesté le souhait - des dispositions de l'avant-projet qui avaient trait à la publicité du patrimoine mobilier et des valeurs à ordre.

Pour le surplus et comme elle l'a déjà relevé dans son premier rapport, la FSA considère que la mention de la relation de trust doit pouvoir (simple faculté) être l'objet d'une mention, sans qu'il s'agisse d'une obligation. A défaut de mention, la relation n'est pas opposable aux tiers de bonne foi, sauf si le rapport de trust appert d'une autre manière. En effet, il doit être loisible au constituant ou au trustee de privilégier dans cette mesure une certaine confidentialité à la relation de trust plutôt qu'une garantie de reconnaissance de cette relation à l'égard de tiers. D'ailleurs, dans la mesure où le tiers aurait eu connaissance de la relation de trust autrement que par sa mention sur un registre public, il ne serait plus de bonne foi et, partant, ne mériterait pas de protection.

La proposition de la FSA serait donc la suivante :

«Les biens d'un trust inscrits au nom d'un trustee sur le registre foncier, sur le registre des bateaux ou sur le registre des aéronefs peuvent faire l'objet d'une mention de relation de trust.

Les relations de trust liées à des brevets, designs, marques et obtentions végétales enregistrées en Suisse peuvent être inscrits sur le registre pertinent.

Une relation de trust qui n'a pas fait l'objet d'une mention ou qui n'a pas été inscrite n'est pas opposable aux tiers de bonne foi.»

Article 149 d nouveau - DECISIONS ETRANGERES

La teneur de l'article 149 d nouveau appelle les commentaires suivants :

- On devrait parler de «fin», et non de «cessation» d'un trust ;
- la notion de siège devrait être définie pour le trust (cf. article 149 a supra).

III. LOI FEDERALE DU 11 AVRIL 1889 SUR LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE

Article 284 a nouveau

Il convient de saluer cette solution qui avait été proposée par la FSA dans son rapport du 24 mars 1994. En effet, c'est le trustee qui doit formellement être poursuivi en sa qualité de représentant du trust. On peut admettre, au vu des arguments développés dans le rapport, en particulier du respect de l'égalité de traitement entre les créanciers, que la poursuite se continue par la voie de la faillite, indépendamment du statut du trustee.

Article 284 b nouveau

La teneur de cette disposition – qui emporte la suppression des autres dispositions de l'avant-projet - n'appelle pas de commentaires et doit être approuvée.

IV. DECLARATIONS ET RESERVES PORTANT SUR LA CONVENTION

Les articles 16 alinéa 3, 20 alinéa 1, 21 et 22 de la Convention prévoient la possibilité pour les Etats contractants de formuler des réserves.

Le rapport explicatif énonce de manière convaincante l'absence de nécessité, pour la Suisse, de formuler de telles réserves.

V. D'AUTRES MODIFICATIONS SONT-ELLES SOUHAITABLES ?

La FSA maintient que l'aménagement de la fiducie en droit interne suisse devrait être examiné à bref délai, de même que l'aménagement des dispositions sur la fondation de famille et la substitution fidéicommissaire. Compte tenu de l'ampleur de la tâche, du moins quant à la fiducie, il apparaît toutefois préférable de se concentrer dans un premier temps sur la question de la ratification de la Convention.

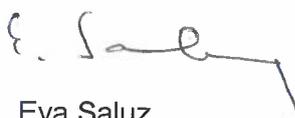
Quant à la surveillance éventuelle des trustees, évoquée dans le rapport explicatif, il s'agit d'une question à examiner de manière globale, dans le cadre de la surveillance des marchés financiers.

VI. CONCLUSIONS

Sous réserve des commentaires développés plus haut, lesquels concernent pour l'essentiel la teneur des modifications de la LDIP, la FSA approuve le projet d'arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable aux trusts et à sa reconnaissance.

Berne, le 8 février 2005

Pour la Fédération Suisse des Avocats



Eva Saluz
Présidente



René Rall
Secrétaire général

SchKG-Vereinigung * Association LP

Vereinigung für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
Association pour le droit des poursuites et de la faillite

Eidg. Justiz- und
Polizeidepartement

13. JAN. 2005

Nr.

ny

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000504152

28

0.2.8/240. V

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Zu Händen des Vorstehers
Bundeshaus West
3003 Bern

Basel, 12. Januar 2005
ST/sc

Vernehmlassungsverfahren betreffend den Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Im Namen der SchKG-Vereinigung danke ich Ihnen bestens, dass wir in oben genannter
Angelegenheit zum Vernehmlassungsverfahren eingeladen wurden. Gerne möchten wir
uns wie folgt äussern:

1. Der Trust als Institut des angelsächsischen Rechts ist nicht kompatibel mit
unserer kontinental-europäischen Rechtsordnung. Andererseits ist die Existenz
von unter ausländischem Recht gegründeten Trusts in der Schweiz und deren
Verwaltung durch schweizerische Finanzintermediäre ein Faktum, welches vom
Recht bewältigt werden muss. Die bisherige Einordnung auf Grund der
bundesgerichtlichen Praxis ist mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Das
Haager Übereinkommen wird hier Rechtssicherheit bringen. Auch aus
volkswirtschaftlicher Sicht scheint eine Ratifikation des Übereinkommens
wünschenswert, sichert doch die Verwaltung von Trusts in der Schweiz
Arbeitsplätze und es bestünde bei einer Nichtratifikation die Gefahr, dass diese
ins Ausland abwandern, da mehrere andere kontinental-europäische Staaten das
Übereinkommen bereits ratifiziert haben. Die SchKG-Vereinigung begrüsst daher
die Ratifikation des Abkommens.
2. Die SchKG-Vereinigung begrüsst den vorläufigen Verzicht auf die Einführung des
Trusts in das schweizerische Recht. Auch wenn dadurch das schweizerische
gegenüber dem ausländischen Recht diskriminiert wird, besteht unserer Ansicht
nach nicht die Gefahr, dass zahlreiche Schweizer nun in das ausländische Recht

flüchten, da üblicherweise jeder dasjenige Recht vorzieht, das er am besten kennt.

3. Die SchKG-Vereinigung begrüsst, dass der Grundsatz der getrennten Haftung positiv-rechtlich geregelt wird, da auch nach Ratifikation des Haager Übereinkommens nicht sicher ist, ob ein dem ausländischen Recht unterstehendes Aussonderungsrecht materiellrechtlich qualifiziert würde und in der Schweiz anzuerkennen wäre¹. Es scheint uns indes sinnvoller, diesen Grundsatz mittels einer qualifizierten Verweisungsnorm im IPRG zu regeln, da er einen Haftungsgrundsatz betrifft und weniger eine Verfahrensfrage (obwohl sich auch im SchKG Haftungsgrundsätze finden). Soweit dieser Grundsatz allgemein im IPRG geregelt wird, ist auch sichergestellt, dass er bei allen Betreibungsarten Anwendung findet, wohingegen im Vorentwurf der Fall der Betreuung des Trustees auf Pfändung für persönliche Schulden nicht geregelt ist; Art. 284b VE-SchKG statuiert nur ein Aussonderungsrecht im Konkurs, obwohl derselbe Grundsatz auch in der Betreuung auf Pfändung gilt, wenn der Trustee nicht im Handelsregister eingetragen ist. Demzufolge ist Art. 149b (neu) IPRG mit folgendem Absatz zu ergänzen.

«Bestimmungen des ausländischen Rechts, wonach das Trustvermögen nicht für persönliche Schulden des Trustees und das persönliche Vermögen des Trustees nicht auch für Schulden des Trustvermögens haften, sind auch von schweizerischen Behörden zu beachten».

4. Die SchKG-Vereinigung begrüsst die Unterstellung des Trusts unter die Konkursbetreuung. Wohl wird damit der schweizerische Rechtsgrundsatz durchbrochen, wonach auch bei Sondervermögen diejenige Betreibungsart massgebend ist, welcher der formale Rechtsträger unterliegt, doch ist es vom Ergebnis her gerechtfertigt, die Betreuung auf Konkurs anzuordnen, damit alle an einem Trust Berechtigten gleichmässig befriedigt werden. Namentlich in internationalen Verhältnissen bestünde sonst die Gefahr, dass nicht alle Berechtigten vom Vorgehen des Betreibenden in der Schweiz erfahren und daher leer ausgehen würden. Die Betreuung auf Konkurs anzuordnen ist auch insofern richtig, da üblicherweise Gebilde, welche dem ausländischen Recht unterstehen, in der Schweiz nicht über einen ordentlichen Betreuungsort verfügen, womit hier auch die Konkurseröffnung ausgeschlossen ist (Art. 52 Satz 2 SchKG). Beim Trust besteht jedoch insofern ein Sonderfall, da sich hier der ordentliche Betreuungsort nach dem Wohnsitz des Trustees richtet, der sich sehr wohl in der Schweiz befinden kann. Dies rechtfertigt es, einen Trust auch dann der Konkursbetreuung zu unterstellen, wenn weder er, noch der Trustee im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind.

5. In rechtstechnischer Hinsicht sind hingegen nicht 2 neue Gesetzesartikel 284a und 284b SchKG einzuführen, sondern die entsprechenden Bestimmungen sind, soweit sie nicht in das IPRG gehören (vgl. vorne Ziff. 3) dort in das Gesetz einzufügen, wo sie vom Verfahrensablauf her hingehören. Das SchKG ist gemäss der kontinental-europäischen Tradition aufgeteilt in einzelne Verfahrensschritte (Allgemeine Bestimmungen, Einleitungsverfahren, Pfändungsverfahren etc.). In dieses System sollte auch die Betreuung gegen einen Trustee eingegliedert werden. So ist folgender **neuer Artikel 39 Abs. 1 Ziff. 13 SchKG einzuführen:**

«Betreibungen für Schulden, für die das Vermögen eines Trusts im Sinne von Kapitel 9a des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht haftet».

Damit wird festgehalten, dass eine Betreuung für Schulden, für die ein Trustvermögen haftet, auf Konkurs fortgesetzt wird.

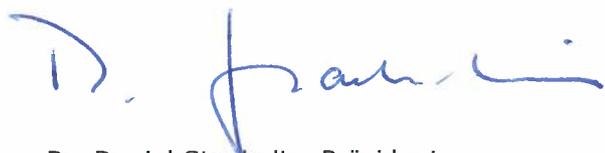
6. Der vorgeschlagene Art. 284a Abs. 1 (*Betreibungen für Schulden, für die das Vermögen eines Trusts im Sinne von Kapitel 9a des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht haftet, sind gegen einen Trustee als Vertreter des Trusts zu richten*) ist als **neuer Art. 68f SchKG** zu formulieren. Dorthin gehört die Bestimmung, wer bei einer Trustschuld zu betreiben ist, denn der Trust ist, wie das freie Vermögen der Schuldner und elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft ein Sondervermögen². Die Überschrift vor VII. Betreuung bei gesetzlicher Vertretung oder Beistandschaft ist zu ergänzen mit *"und bei Trusts"*.
7. Fakultativ zu ergänzen wäre der neue Art. 68 f SchKG mit dem Satz: *"Auch wenn der Trust über mehrere Trustees verfügt, erhält nur der betriebenen Trustee einen Zahlungsbefehl"*. Dadurch wird festgehalten, dass die übrigen Trustees als ebenfalls materiell Berechtigte entgegen der in analogen Fällen geltenden Rechtslage (Gütergemeinschaft, Art. 68b Abs. 1 SchKG; Drittpfandeneigentümer, Art. 153 Abs. 1 lit. a SchKG) keinen weiteren Zahlungsbefehl erhalten (so der Wille des Erläuternden Begleitberichts zum Vernehmlassungsverfahren, S. 36 in fine). Eventualiter könnte auf die explizite Aufnahme einer derartigen Bestimmung verzichtet und der entsprechende Grundsatz bloss in der Botschaft dargestellt werden.

¹ Vgl. DANIEL STAEHELIN, Trusts im schweizerischen Zwangsvollstreckungsrecht, in: Europa Institut Zürich, Alexander R. Markus, Andreas Kellerhals, Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz, Zürich 2003, S. 71 ff.

² Vgl. DANIEL STAEHELIN, Sondervermögen und Haftung, in: Thomas Sutter-Somm/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Festgabe für Franz Hasenböhler, Zürich 2004, S. 96.

8. Bei Befolgung vorliegender Vorschläge kann auf die systemwidrigen Art. 284a und 284b VE-SchKG vollumfänglich verzichtet werden.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Dr. Daniel Staehelin, Präsident

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000504849

Eidg. Justiz- und
Polizeidepartement

1 0. FEB. 2005

No.

010

240 V

STEP



Society of Trust and Estate Practitioners

Swiss-German and Liechtenstein Branch

Please reply to:

Nicholas Dale
HSBC Guyerzeller Bank AG
Genferstrasse 8
8027 Zurich
Switzerland

Tel: +41-58-206 7343

Fax: +41-58-206 7601

Mobile: +41-79-436 4779

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

Postfach

3003 Bern

Zürich, 28. Januar 2005

Stellungnahme im Vernehmlassungsverfahren „Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung“

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Vernehmlassung zum rubrizierten Bundesbeschluss, dessen Entwurf Ende Oktober 2004 veröffentlicht wurde. Unsere Vereinigung ist an dieser Thematik sehr interessiert und entsprechend nehmen wir gerne dazu wie folgt Stellung:

1. Wir begrüßen den **Entschluss**, das Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trust anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung **zu ratifizieren**. Wir erachten dies –

gegenüber einer im Vorfeld z.T. vorgeschlagenen und in der Folge diskutierten eigenen entsprechenden **Legiferierung** – als das **angebrachte Vorgehen**. Trusts haben für den Finanzplatz Schweiz, insbesondere für die Schweizerischen Banken und zahlreichen unabhängige Treuhand- bzw. Trustgesellschaften eine grosse wirtschaftliche Bedeutung, die voraussichtlich in Zukunft noch weiter wachsen wird. Entsprechend erwarten wir durch die Ratifikation nicht nur eine Erhöhung der Rechtssicherheit bezügl. der formalen Anerkennung von solchen Strukturen, sondern auch eine internationale Signalwirkung, was zu einer Stärkung des Wirtschaftsstandort Schweiz führen sollte.

2. Im Zusammenhang mit der Ratifikation sind verschiedene bestehende nationale Gesetze anzupassen. Entgegen den verschiedentlich vorgängig diskutierten Entwürfen sind im nun vorliegenden amtlichen Vorentwurf einzig Anpassungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) IPRG sowie des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vorgesehen. Die **Beschränkung auf das IPRG sowie das SchKG ist u.E. grundsätzlich als positiv zu erachten**, weil so rasch eine praktikable Lösung erreicht werden kann.

Nachfolgend erlauben wir uns auf zwei Punkte einzugehen, die wir als besonders wichtig erachten:

- a. Art. 149b Abs. 3 IPRG: Ein Absatz 3 wird als einschränkende Ergänzung zum Absatz 2 des gleichen Artikels zur Diskussion vorgeschlagen. Die neu vorgeschlagenen Bestimmungen und damit auch dieser Absatz 3 sind in der gesamten Systematik des IPRG, insbesondere im Zusammenhang mit den Gemeinsamen Bestimmungen bzw. dem 3. Abschnitt Anwendbares Recht (Art. 13 – 19 IPRG), zu sehen. Diesbezüglich würde durch die Einführung des vorgeschlagenen Art. 149b Abs. 3 IPRG eine neue weiterführende Spezialregelung eingeführt werden, die z.T. mehr Einschränkungen enthält, als die im IPRG ansonsten grundsätzlich geltenden Regeln, z.B. im Zusammenhang mit vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht. Die entsprechende Auslegung dieser neuen Norm könnte gerade **bei sich fortwährend ändernden Verhältnissen**, wie dies bei typischen Trust-Situationen regelmässig der Fall ist, **zu einer Rechtsunsicherheit führen** - dies wird auch im erläuternden Begleitbericht des EJPD anerkannt. In Anbetracht der Tatsache, dass das IPRG **bereits in seiner eigenen Systematik Gesetzesbestimmungen** enthält, die einen Missbrauch (z.B. Vorbehalt zu Gunsten des schweizerischen Ordre

public oder der Vorbehalt der Anwendung zwingenden schweizerischen Rechts) verhindert, sollte der zur Diskussion gestellte neue Art. 149b Abs. 3 IPRG ersatzlos gestrichen werden.

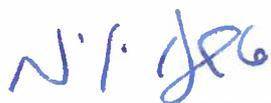
- b. Art. 284 SchKG: Die explizite Unterstellung des Trusts unter die Konkursbetreibung ist u.E. zu begrüssen, um gerade in internationalen Verhältnissen eine Gleichbehandlung aller Beteiligten sicherzustellen. Dennoch scheint die jetzt vorliegende Ausgestaltung des Vorentwurfs zwar nicht inhaltlich, jedoch bezüglich Verfahrensablauf noch nicht gänzlich geglückt zu sein. Insbesondere stellt sich die Frage, ob bezüglich Gesetzssystematik eine andere Einordnung bzw. explizitere Klarstellung angezeigt wäre.

Nicht geregelt im vorliegenden Vorentwurf sind u.a. die Problemkreise im Zusammenhang mit der allfälligen Besteuerung eines Trusts bzw. die involvierten Parteien aus schweizerischer Sicht. Ebenso die Frage bezüglich einer allfälligen Aufsichtsregelung einer Trustee-Tätigkeit aus der Schweiz. Beide Themata sollten im Zusammenhang mit der Ratifizierung des Haager Übereinkommens weiterhin aktiv, jedoch im Sinne des liberalen Geistes des Wirtschaftsstandorts Schweiz, behandelt werden. Entsprechend positiv vermerkt wurde, dass die Schweizerische Steuerkonferenz (SSK) bereits eine Arbeitsgruppe eingesetzt hat, die sich dieser Problematik angenommen hat. Erst eine umfassende Regelung, welche auch diese beiden offenen Punkte einschliesst, kann schlussendlich sicherstellen, dass der Themenkreis Trust im Sinne einer kompetitiven schweizerischen Gesamtlösung, welche den Vergleich zu den Situationen ausländischer Finanzplätze nicht zu scheuen braucht, eine echte Chance erhält.

Unsere Vereinigung ist sich der Problematik der Einordnung dieser komplexen Materie in das Schweizerische Rechtssystem sehr wohl bewusst. Entsprechend schätzen wir den grossen und detaillierten Aufwand, den die Bundesbehörde treibt, sehr und danken für die Möglichkeit der aktiven Meinungsäusserung bzw. Mitarbeit im Rahmen dieser Vernehmlassung.

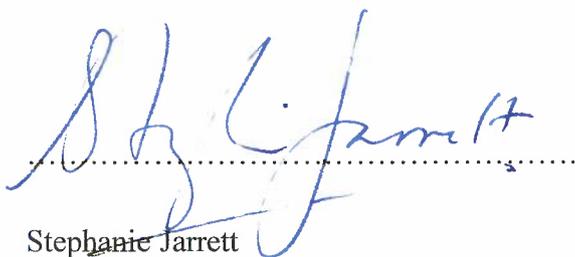
Gerne stehen wir Ihnen auch im Rahmen der beiden vorerwähnten Problemkreise (aufsichts- bzw. steuerrechtlicher Natur) für eine Stellungnahme beziehungsweise Erfahrungsaustausch zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Nicholas Dale

Chairman der STEP Swiss-German und Liechtenstein Branch



Stephanie Jarrett

Chairman der STEP Suisse-Romande Branch



Mathis Büttiker

Chairman der STEP Basel Branch



UNIVERSITÉ DE GENÈVE

DAG

FACULTÉ DE DROIT

UNI MAIL - Boulevard du Pont-d'Arve 40 | CH-1211 Genève 4
Tél. 022 379 84 02 | Fax 022 379 84 12

LE DOYEN

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20

3003 BERNE



Le 9 février 2005/RR/sh

240 V

Consultation relative à la ratification par la Suisse de la Convention de La Haye de 1985 sur le trust

Mesdames, Messieurs,

Dans le cadre de la procédure de consultation sur le sujet cité en marge, la Faculté de droit de l'Université de Genève a l'honneur de vous adresser les observations qui suivent. Elles ont été préparées par les professeurs Andreas Bucher et Luc Thévenoz.

1. En général

- 1.1 La Faculté soutient pleinement le projet des autorités fédérales tendant à ratifier la Convention de La Haye sur le trust et à accepter ainsi que des trusts constitués selon une loi étrangère connaissant cette institution puissent être reconnus et produire leurs effets en Suisse.
- 1.2 Afin d'assurer ce résultat et de faire connaître la Suisse en tant que place financière accueillante aux trusts étrangers, la ratification de la Convention est indispensable. On saluera ainsi la décision d'abandonner la suggestion qui avait été faite antérieurement, à titre éventuel, consistant à incorporer dans la LDIP les dispositions de la Convention, sans ratifier celle-ci.
- 1.3 En revanche, la Faculté souhaite souligner que l'absence d'une réglementation portant sur l'adaptation du droit suisse en matière de fiducie constitue un grave défaut. L'occasion est donnée aujourd'hui de régler dans un seul mouvement, tant la reconnaissance des trusts de droit étranger que la modification du droit suisse afin d'offrir une institution équivalente régie par le droit suisse. Faute d'un régime suisse sur le droit de la fiducie répondant aux objectifs d'un trust, les trusts soumis à la Convention ne pourront l'être que s'ils sont soumis à un droit étranger connaissant cette institution. Or, la Suisse a un intérêt à profiter de la ratification de la Convention pour offrir son propre droit de la fiducie en tant que fondement à des trusts constitués en Suisse ou à l'étranger. Si rien n'est fait en ce sens, ce serait une occasion manquée, qui ne se représentera pas de sitôt. La Faculté souhaite dès lors vivement que le projet soit amendé en ce sens. Faute d'un tel complément, la Suisse aura manqué une occasion pour se positionner plus offensivement sur le plan international de la finance.

On relèvera par ailleurs que le Rapport explicatif, qui préfigure le futur Message du Conseil fédéral, n'offre aucun motif convaincant pour justifier l'absence de modification des dispositions du Code des obligations (ch. 2.3). Il y est dit, au contraire, qu'une telle modification constituerait un "*complément sensé*". Le Rapport ajoute qu'il aurait été contesté qu'une codification du droit suisse de la fiducie soit souhaitable; certes, mais des contestations s'élèvent toujours – encore faut-il en évaluer la pertinence eu égard aux intérêts de la Suisse en tant que place financière, ce que le Rapport ne fait point dans ce contexte, alors qu'il souligne par ailleurs l'importance économique du trust pour la Suisse (ch. 1.2.4). Enfin, il y est dit qu'une telle codification ne serait pas nécessaire pour la mise en œuvre de la Convention. Cela est exact, mais là n'est pas la question. Il s'agit de savoir si la Convention peut gagner en intérêt et en efficacité si le droit suisse était amendé en parallèle, pour mieux accueillir l'institution du trust, question à laquelle le Rapport répond positivement en qualifiant un tel amendement de "*complément sensé*" à la Convention.

Cela étant, sous réserve des points mentionnés ci-après, la Faculté de droit accueille favorablement les propositions portant sur la modification de la LDIP, respectivement de la LP.

2. LDIP

A. Compétence

- 2.1 Pour qualifier le trust, l'art. 149a al. 1 se réfère à l'art. 2 de la Convention. Tel qu'il est rédigé, ce renvoi est maladroit, car il laisse penser, nonobstant l'affirmation en sens contraire de l'exposé des motifs, que seuls les trusts reconnus en vertu de la Convention tombent sous le coup de cette règle sur l'élection de for. Il serait préférable de reprendre les termes de la définition générale de l'alinéa 1er de l'art. 2 de la Convention et de dire: "... constitué par acte juridique lorsque des biens sont placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé". L'art. 122 du Code belge de droit international privé pourrait également servir de modèle.
- 2.2 Au sujet de l'élection de for, l'alinéa 1 de l'article 149a reprend l'essentiel des dispositions de l'alinéa 1 de l'article 5, tandis que le nouvel alinéa 4 de l'article 5 étend le champ d'application des alinéas 2 et 3 de l'article 5 aux trusts. Cette structure est source de confusion. Il nous paraît important que les effets des clauses d'élection de for fréquemment contenues dans des actes de trust soient clairement énoncés. La manière la plus claire de le faire consiste à renoncer à modifier l'art. 5 et à reprendre les règles nécessaires à l'art. 149a, cas échéant par des renvois.
- La deuxième phrase de l'article 149a alinéa 1 reprend en substance la deuxième phrase de l'article 5 alinéa 1. Il est important de reprendre également la troisième phrase de cette disposition: "Sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive." En revanche, il semble acceptable de ne pas mentionner expressément que la clause doit porter sur un "rapport de droit déterminé", ce rapport étant manifestement, dans le contexte de l'article 149a, le trust.
 - Il convient également de compléter l'article 149a alinéa 1 par un renvoi exprès à l'article 5 alinéa 2.
 - En revanche, il convient de renoncer au renvoi à l'article 5 alinéa 3, comme c'est actuellement proposé sous la forme d'un nouvel alinéa 4 à l'article 5. Un tel renvoi nuit à la sécurité juridique, ce qui n'est guère compatible avec l'objectif poursuivi par ce projet. En effet, en l'absence d'une codification de la fiducie en droit suisse, rapprochant celle-ci du trust, les relations de trust affectant des patrimoines placés et gérés en Suisse seront régies par un droit étranger, et ce exclusivement. Dans

ces conditions, l'article 5 alinéa 3 donnerait au juge suisse dont le for a été élu un pouvoir discrétionnaire pour décliner sa compétence si aucune des parties n'est établie dans le même canton. Cette insécurité se manifesterait dans la pratique, étant donné que des clauses d'élection de for sont fréquentes en cette matière. L'applicabilité de l'alinéa 3 de l'article 5 risque de décourager des clients souhaitant placer leur patrimoine dans un trust géré en Suisse et soumis à la juridiction des tribunaux suisses.

Il convient d'ailleurs de noter que les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 5 présentent un caractère plutôt insolite en comparaison de la pratique de la plupart des pays fortement présents dans le commerce international. Ainsi, lors des travaux en cours à la Conférence de La Haye relatifs à une future Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, la Suisse a certes pu obtenir une réserve lui permettant de conserver cette disposition dans le cadre de la Convention, mais le débat a montré que notre pays est isolé avec cette position. Il semblerait donc préférable, dans un domaine aussi important pour la place financière suisse, de renoncer à l'application de l'alinéa 3 de l'article 5 en matière de trust.

d) En résumé, nous proposons de formuler ainsi l'article 149a alinéa 1:

"Le tribunal désigné selon les dispositions du trust est compétent pour connaître des actions visant la validité, les effets juridiques, l'administration, la modification ou la cessation d'un trust constitué par acte juridique lorsque des biens sont placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. La désignation d'un tribunal ou l'autorisation de le faire figurant dans les dispositions du trust ne doit être observée que si elle a eu lieu par écrit ou par toute autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte. Sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive. L'article 5 alinéa 2 s'applique.

2.3 L'alinéa 2 de l'article 149a consacre une *compétence alternative au domicile* (respectivement la résidence habituelle) *du défendeur et au siège du trust*.

a) Comme l'enseigne l'analogie avec le droit des sociétés (art. 151), le **for du siège devrait être énoncé en premier lieu**.

b) Il résulte du projet qu'à défaut d'une élection de for valable, il n'existe pas de for en Suisse, par exemple, si le siège du trust est à l'étranger et si ni le trustee ni un autre défendeur a son domicile ou son siège en Suisse, alors que le trustee administre le trust à travers son *établissement en Suisse*. **Dès lors que la lettre a) s'inspire de l'article 112 alinéa 1 LDIP, il nous semble qu'il conviendrait de reprendre également, à l'alinéa 2 de l'article 149a, l'alinéa 2 de l'article 112.**

c) **Le for du domicile (ou de la résidence) est déterminé trop largement par l'avant-projet. Les actions relatives au trust ne peuvent pas être introduites en Suisse contre n'importe quel défendeur (la veuve du settlor, la banque simple dépositaire, le gérant, etc.). Conformément à l'article 5 chiffre 6 de la Convention de Lugano, il convient de limiter ce for au domicile du défendeur pris en sa qualité de fondateur, de trustee ou de bénéficiaire.** Cette restriction doit figurer clairement dans le texte légal.

2.4 *Points rédactionnels :*

a) La rédaction de l'article 149a devrait suivre, autant que possible, celle des autres dispositions de la LDIP. Il n'y a aucune raison de changer de style à l'occasion du trust. La LDIP ne dit pas "l'action peut être intentée" (alinéa 2). Elle ne dit pas non plus qu'en cas de deux fors, reliés par un "ou", que le demandeur a le "choix". C'est un pléonisme que l'on trouve également dans le texte allemand ("*wahlweise*").

Reprenant le style de la LDIP, il conviendrait de dire: "A défaut d'une élection de for valable, sont compétents les tribunaux suisses :"

- b) On saisira cette occasion pour suggérer également d'aligner le *titre* en français du chapitre 9a sur le contenu dudit chapitre. Dès lors que celui-ci porte également sur la compétence et la reconnaissance, on ne saurait restreindre le titre à la seule question du "droit applicable aux trusts". En respectant la terminologie utilisée par ailleurs dans la LDIP, il conviendrait de dire, en français, "Trusts", et en allemand "Trust" (et non "Trustrecht").

B. Droit applicable

- 2.5 L'alinéa 2 de l'article 149b est certes convaincant dans sa solution, mais l'on peut se demander si celle-ci est bien exprimée. D'après le Rapport explicatif (p. 34 s.), la Suisse entend renoncer à la possibilité qu'a un Etat contractant de ne pas reconnaître certains *trusts rattachés quasi-exclusivement à des Etats ne connaissant pas cette institution*. Le texte proposé ne répond cependant pas à cette question préliminaire, mais uniquement à celle relative au droit applicable pour le cas où un tel trust était reconnu.

L'article 13 de la Convention étant formulé comme la possibilité de ne pas "reconnaître un trust", il convient de reprendre la même terminologie à l'article 149b alinéa 2, qui pourrait se lire ainsi: "Le tribunal ne refusera pas de reconnaître un trust dans l'hypothèse visée à l'article 13 de la convention."

- 2.6 La Faculté est formellement opposée à une disposition telle que *l'alinéa 3* de l'article 149b, placée entre crochets. Il s'agit d'une atténuation au principe énoncé à l'article 149a alinéa 2 qui n'est pas justifiée. Cet alinéa créerait une insécurité juridique qui pourrait nuire gravement à l'attrait de la Suisse comme lieu d'administration des trusts ou de leurs actifs.

En outre, tel qu'il est proposé, cet alinéa s'appliquerait tant dans des cas où le droit choisi connaît le trust, que dans des cas où le droit élu ne connaît pas pareille institution. Or, l'article 13 de la Convention, cité comme base juridique par le Rapport explicatif (p. 35), n'offre de possibilité pour une telle dérogation à l'autonomie de la volonté que pour la seconde catégorie de ces cas. Cependant, pour ces cas, la Convention donne la solution elle-même, à l'alinéa 2 de l'article 6, qui statue que le choix de la loi applicable est sans effet lorsque la loi choisie ne connaît pas le trust, la loi applicable étant alors déterminée sur la base des rattachements objectifs de l'article 7.

C. Dispositions spéciales concernant la publicité

- 2.7 Le projet a pris le parti de faire figurer les dispositions sur la publicité dans la LDIP. Toutefois, ces règles relèvent exclusivement du droit suisse matériel (dont l'applicabilité est déterminée par la Convention). *La place naturelle de ces dispositions est dans les différentes lois portant sur la publicité des droits absolus concernés*. Même si l'on souhaite regrouper les mentions du trust dans différents registres suisses dans une seule disposition de la LDIP, il subsistera une lacune évidente dans la législation consacrée à chaque registre spécifique. Cela concerne également le Code civil.
- 2.8 Convient-il de créer une véritable obligation du trustee de faire mentionner, dans ces registres, l'existence du trust? Cela paraît contraire au texte même de la

Convention, dont l'article 12 statue une simple possibilité à l'initiative du trustee. En outre, la règle proposée n'apporte pas un avantage décisif. En effet, si – même en l'absence de toute obligation – un trustee a fait mentionner l'existence du trust dans le registre où le bien est inscrit, les tiers que l'article 149c prétend protéger ne pourront, *de lege lata*, pas se prévaloir de leur bonne foi, car l'ignorance des mentions du registre serait incompatible avec l'attention que l'on est en droit d'exiger d'eux dans ces circonstances. En somme, l'article 149c n'apporte pas une véritable protection supplémentaire aux trusts tout en consacrant une dérogation critiquable au principe énoncé à l'article 12 de la Convention. Il convient donc de **renoncer à une obligation de publicité** pour en rester au principe retenu par la Convention.

3. LP

- 3.1 La Faculté salue les progrès accomplis dans le chapitre relatif à la LP en comparaison des diverses règles suggérées dans l'avant-projet. Elle tient à rappeler, cependant, que ce n'est qu'une erreur de conception qui peut expliquer la volonté persistante à exposer le trust exclusivement à la *voie de la faillite*. Même s'il est exact, comme le note le Rapport explicatif (p. 39), que le mode de poursuite ne doit pas dépendre de la situation du patrimoine personnel du trustee, **il n'existe aucune raison d'exposer n'importe quel trust au risque d'une faillite**, dont les conséquences sont autrement plus graves que celles d'une poursuite par voie de saisie. Il apparaît que ce chapitre a été nouvellement créé lors de la dernière phase de préparation du projet. Il mérite de ce fait de sérieux travaux complémentaires si le projet ne doit pas se heurter à des objections fondamentales lors de la phase parlementaire.

Concernant le *mode de poursuite*, le Rapport explicatif (p. 39) privilégie l'égalité de traitement des créanciers au détriment des droits des futurs bénéficiaires. Il n'attribue aucune importance au fait, qu'il constate, que les Etats qui connaissent le trust soumettent son patrimoine uniquement à des modes d'exécution forcée individuelle. Or, à notre avis, il n'y a aucune raison pertinente pour ne pas s'inspirer de cette donnée de droit comparé et d'expérience et imposer en Suisse la voie de la faillite, dont il est d'ailleurs certain que ses effets ne seraient pas reconnus à l'étranger. Il conviendrait en conséquence de modifier l'alinéa 2 de l'article 284a, alinéa 2, et de **remplacer la voie de la faillite par celle de la saisie**. Cela étant, la place des dispositions pertinentes dans la LP serait également à revoir.

- 3.2 Il conviendrait ensuite de **définir les trusts susceptibles d'être exposés à une poursuite en Suisse**. D'après l'art. 284a, alinéa 1, il s'agirait de tous les trusts "au sens du chapitre 9a de la LDIP" (en suivant le texte plus complet de la version allemande). Or, il convient de rappeler que les dispositions de ce chapitre 9a ne définissent pas les trusts régis par le droit suisse, ou rattachés d'une autre manière à la Suisse, car elles se bornent à déterminer le droit applicable (par référence à la Convention de La Haye), ainsi qu'à régler les conflits de juridictions. Il manque donc un critère de rattachement justifiant la compétence des autorités suisses de poursuite. **Il conviendrait dès lors, dans un premier temps, de créer une règle sur le for de la poursuite en Suisse à l'égard des trusts**. On pourrait ainsi songer à insérer un nouvel article 51a dans la LP, dont la teneur serait la suivante :

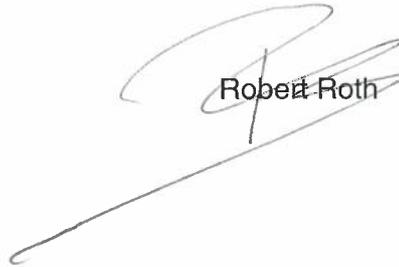
Les poursuites pour les dettes qui grèvent les biens en trust sont exercées au siège principal en Suisse de son administration.

- 3.3 Il conviendrait également de **déterminer à qui les actes de poursuite sont notifiés**. La question pourrait être réglée dans un nouvel article 68f. La notification devrait atteindre tous les trustees domiciliés ou établis en Suisse. Dans l'hypothèse où aucun trustee n'était domicilié ou établi en Suisse, il appartiendrait au créancier de désigner le trustee étranger à qui les actes de poursuite doivent être notifiés.

- 3.4 La distraction du patrimoine du trust (énoncée à l'article 284b LP) concerne en réalité toutes les hypothèses de poursuite, y compris la poursuite en réalisation du gage ainsi que la poursuite pour effets de change.

* * *

Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion de nous exprimer sur ce projet, auquel nous réitérons notre soutien, et vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre meilleure considération.


Robert Roth



UNIVERSITE
DE
LAUSANNE

Faculté de droit

Le Doyen : Denis Tappy

BFSH1

CH-1015 Lausanne

Email : doyen.droit@unil.ch

Tél : 4121-692 27 40

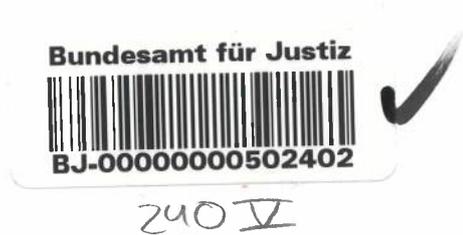
Fax : 4121-692 27 45

Réf. 07/2005/fg



MAY

Département fédérale de justice
et police, Palais fédéral ouest,
3003 Berne



Lausanne, le 7 février 2005

Concerne : Arrêté fédéral approbation de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

Mesdames, Messieurs,

En réponse à votre lettre du 25 octobre 2004, et avec un léger retard que je vous prie excuser, j'ai l'honneur de vous faire parvenir la détermination de notre Faculté sur l'objet cité en exergue, rédigée par le professeur Andreas Bonomi de l'Université de Lausanne.

Veillez agréer, Mesdames, Messieurs, mes salutations distinguées.

D. Tappy

Denis Tappy, Doyen

Annexe : ment.

DETERMINATIONS DE LA FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE LAUSANNE

sur l'avant-projet d'Arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, mis en consultation le 20 octobre 2004.

I. Ratification de la Convention (Art. 1 AF)

La Faculté de droit de l'Université de Lausanne salue la décision de ratifier la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1^{er} juillet 1985 (ci-après « CH »). L'introduction de règles de conflits spécifiques pour les trusts améliorera la sécurité juridique par rapport à l'état actuel du droit international privé suisse. De plus, cette solution constitue un pas en avant vers une réglementation uniforme des trusts au niveau international.

La Faculté de droit regrette cependant que l'avant-projet d'Arrêté fédéral (ci-après « AF ») renonce à clarifier des questions importantes relatives à l'intégration des trusts dans l'ordre juridique interne, notamment la reconnaissance de l'institution du « tracing » ainsi que les effets du trust en matière successorale (cf. infra, n° IV).

Elle regrette également que l'occasion d'introduire une réglementation légale de la fiducie, envisagée par l'avant-projet Thevenoz, n'ait pas été saisie par l'avant-projet ici discuté.

II. Domaine d'application des nouvelles règles – Définition de trust

La notion de trust n'est définie dans aucune des nouvelles règles proposées dans l'avant-projet d'AF. Il appert ainsi que cette notion doit être déduite de l'art. 1 CH. Comme le souligne le Rapport explicatif du 16 septembre 2004, cette notion est plutôt large, car elle est susceptible de couvrir non seulement les trusts existant dans les pays de *common law* mais également des institutions structurellement similaires prévues dans des systèmes juridiques de la famille romano-germanique ou du droit musulman (par exemple, certaines formes de fiducie et le *waqf*). Cependant, la CH précise, à son art. 3, qu'elle n'entend s'appliquer qu'aux « trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit ».

La seconde de ces restrictions, relative à la forme, a été justement écartée par l'avant-projet d'AF. Puisque aujourd'hui déjà le droit suisse ne s'oppose pas à la reconnaissance d'un trust créé par convention verbale ou de manière implicite, il n'existe aucune raison pour introduire pareille limitation à l'avenir. Par ailleurs, il serait insensé d'introduire un double régime distinguant les trusts créés par écrit (régis par la CH) des autres trusts volontaires (qui resteraient soumis aux règles actuelles de la LDIP). L'extension des règles de la CH à tout trust volontaire, quelque soit la forme de sa constitution, est donc à approuver.

En revanche, l'avant-projet d'AF veut maintenir la première restriction prévue à l'art. 3 CH et limite l'application des nouvelles règles aux trusts résultant de la volonté du constituant, à l'exclusion de ceux créés par la loi ou par une décision de justice. Ce choix se justifie dans la mesure où le « constructive trust » n'est généralement que « le résultat de l'application par analogie des normes du droit des trusts à des relations juridiques préexistantes » (Rapport explicatif, n° 2.1.1., p. 34). Par ailleurs, rien n'exclut que les tribunaux appliquent par analogie à un « constructive trust » les nouvelles dispositions relatives aux trusts volontaires si cela s'avère justifié dans un cas particulier. Dès lors, l'approche de l'avant-projet d'AF nous semble à cet égard aussi correcte.

Cependant, la terminologie adoptée dans l'avant-projet sur ce point est critiquable. En effet, au lieu de se référer – comme le fait la CH – aux « trusts volontairement créés », l'avant-projet introduit une nouvelle notion, celle de « trust constitué par acte juridique » (« *rechtsgeschäftlich errichtet* », cf. les nouveaux articles 149a, 149b et 149d LDIP). Pour expliquer cette innovation, le Rapport se limite à indiquer (p. 32) que la terminologie figurant dans la traduction allemande de la CH (« *trusts, die freiwillig errichtet worden sind* ») n'est pas très heureuse. Cela est certes vrai, dans la mesure où le terme allemand « *freiwillig* » ne correspond pas exactement aux notions utilisées dans les textes originaux de la CH (« volontairement » en français, « *voluntarily* » en l'anglais) ; il nous semble cependant que la difficulté à trouver une bonne traduction allemande ne justifie pas l'introduction d'une nouvelle notion qui est inconnue non seulement à la CH mais également aux droits des pays de *common law*. En effet ces derniers ne connaissent généralement pas la notion de « *Rechtsgeschäft* » et qualifient les trusts selon qu'ils sont « exprès », « implicites » ou indépendant de la volonté du constituant. A notre avis, l'utilisation d'une notion tirée du droit interne ne facilitera pas la qualification des trusts qui entrent en contact avec l'ordre juridique suisse. Il est dès lors souhaitable que les nouvelles règles se tiennent à la terminologie de la CH au moins dans leurs versions française et italienne (« trusts volontairement créés », « trusts creati volontariamente »).

III. Modifications envisagées à la LDIP (art. 2 AF)

Art. 5, al. 4 (nouveau)

Pas de commentaire.

Art. 21a (nouveau)

Pas de commentaire.

Art. 149a (nouveau)

Alinéa 1 : Cette disposition prévoit que le tribunal compétent pour les actions relatives à la validité, aux effets juridiques, à l'administration, à la modification ou à la cessation d'un trust peut être désigné par une élection de for.

Ce principe n'est pas nouveau du point de vue suisse, car il est déjà inscrit dans la Convention de Lugano de 1988 (art. 17, al. 2). Son extension aux situations qui ne sont pas couvertes par les règles conventionnelles (à savoir aux accords attributifs de compétence aux tribunaux d'un Etat non contractant de la CL) ne soulève pas d'objection ; bien au contraire, elle doit être approuvée, car elle permet de soumettre à un régime cohérent toute les élections de for relatives aux actions découlant des relations internes à un trust.

Toutefois, contrairement à la CL (art. 17, al. 3), le texte de l'avant-projet ne réserve pas expressément les fors exclusifs ou impératifs. Il serait peut être utile de préciser de manière expresse que l'élection de for de l'art. 149a LDIP ne peut déroger à la compétence des tribunaux suisses dans la mesure où le litige porte sur la propriété ou un autre droit réel relatif à un immeuble situé en Suisse.

Il convient de noter en outre que la règle prévue dans l'avant-projet d'AF va dans une certaine mesure plus loin que la disposition correspondante de la CL. Alors que cette dernière ne se réfère qu'à une élection de for contenue dans « l'acte constitutif d'un trust », l'art. 149a projeté mentionne également « l'autorisation de faire » pareille élection, en reconnaissant ainsi la validité d'une élection de for déclarée unilatéralement par le trustee sur la base d'une

autorisation du constituant. A notre avis, cette possibilité est excessive et risque d'ouvrir la porte à des abus. Il convient de rappeler que les procédures visées par la nouvelle règle sur la compétence opposent, dans la plupart de cas, les bénéficiaires (ou certains d'entre eux) au trustee ; dans ce contexte, la possibilité reconnue au trustee de désigner unilatéralement le tribunal compétent, même sur la base d'une autorisation contenue dans les dispositions du trust, risque de créer un déséquilibre entre les parties, voire de représenter un véritable obstacle pour l'accès à la justice de la part des bénéficiaires du trust. Contrairement à ce qui est indiqué dans le Rapport explicatif (n° 2.1.1., p. 32), il nous semble que l'intérêt de ces derniers n'est pas protégé de manière suffisamment efficace par l'interdiction de l'abus de droit résultant du nouvel art. 5 al. 4 LDIP. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer qu'aucune disposition de la LDIP ni de la CL ne permet à l'une des parties en cause de désigner unilatéralement le tribunal compétent (en effet, la seule *professio fori* unilatérale actuellement prévue à l'art. 87, al. 2 LDIP en matière successorale résulte de la volonté du *de cuius*, et non de l'une des parties à la contestation successorale).

Pour ces raisons, nous suggérons d'éliminer du texte de l'art. 149a LDIP les termes « ou l'autorisation de le faire » et de reconnaître l'élection de for uniquement lorsqu'elle résulte directement de l'acte constitutif ou des dispositions du trust.

Alinéa 2 et 3 : Pas de remarque.

Art. 149b (nouveau)

Alinéa 1 : Pas de remarque, mise à part la notion de « trust créé par acte juridique » (cf. supra, n° II).

Alinéa 2 : La possibilité de refuser la reconnaissance du trust aux termes de l'art. 13 CH a été justement écartée, car elle représente une grave source d'insécurité juridique.

Alinéa 3 : Cette disposition vise à exclure l'élection de droit dans des situations purement internes. Dès lors, elle ne fait que répéter le principe établi à l'art. 1 LDIP, selon lequel cette loi (et donc toutes ses règles, y comprises celles qui permettent une élection de droit) n'est applicable qu'« en matière internationale », à savoir en présence de certains éléments d'internationalité. Cet alinéa est donc superflu. En revanche, il pourrait être utile de préciser dans quelles circonstances un trust présente un caractère international : on peut se demander, en particulier, si toutes les circonstances mentionnées dans le Rapport explicatif (p. 35) constituent réellement des facteurs suffisants d'extranéité (par exemple la nationalité de l'un des bénéficiaires, ou le fait qu'une partie minimum des biens du trust se trouve à l'étranger).

Art. 149c (nouveau)

Alinéa 1 : L'art. 149c LDIP projeté prévoit une « mention » (*Anmerkung*) au registre foncier. En réalité, l'écriture de la mention est techniquement inadéquate à un régime strictement imposé dont doit dépendre l'exercice de droits par des tierces personnes, tel que celui proposé par la nouvelle disposition. La mention en effet ne peut « constituer » un effet juridique (celui de la protection de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers en l'espèce) et l'application à l'institution de l'art. 970 al. 3 CCS est elle-même sujette à controverse (D. Zobl, Grundbuchrecht, 1999, p. 132 s. et les références).

Dans la systématique du code civil de 1907, lorsqu'un bien devient insaisissable avec un effet à l'égard des tiers, et de surcroît à la suite d'un acte juridique, il faut une annotation (*Vormerkung*) (c'était le cas de l'asile de famille de l'ancien art. 960 al. 1 ch. 3 CCS). Comme

dans le cas d'annotation d'une restriction au droit d'aliéner de l'art. 960 al. 1 ch. 2 CCS, il est aussi concevable que la restriction (ici le pouvoir opposable aux tiers du bénéficiaire) existe déjà avant l'annotation, et qu'elle soit ainsi opposable aux tiers de mauvaise foi avant l'écriture. L'annotation jouit alors de la foi publique et fournit aux tiers une plus grande sécurité quant à la publicité. Elle se justifie en l'occurrence, même si l'on nie l'existence d'une division des prérogatives réelles entre le trustee et les bénéficiaires (en effet, selon le Rapport explicatif, les bénéficiaires d'un trust n'ont pas de prérogatives réelles, n° 1.2.5.6. et n° 1.4.4.3.), parce que, à l'opposé des cas avec lesquels semble-t-il la comparaison a été faite (exécution testamentaire, liquidation officielle), il y a une insaisissabilité résultant d'un acte juridique, ce que la seule mention n'est naturellement pas à même d'intégrer au statut du bien lui-même.

Alinéa 2 : Pas de remarque.

Alinéa 3 : Cette disposition n'est pas claire, dans la mesure où elle prévoit qu'en l'absence de mention ou d'inscription dans les registres prévus aux alinéas précédents, l'existence d'une relation de trust n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. Il paraît en résulter a contrario que les trusts faisant l'objet d'une mention ou d'une inscription sont opposables, avec la conséquence que les biens aliénés en violation des obligations du trustee pourraient le cas échéant faire l'objet d'une revendication. Or, cette conclusion ne peut pas être admise pour les biens situés en Suisse, car l'admission d'un droit de « tracing » contre les acquéreurs des biens du trust est soumise aux règles impératives du statut réel (cf. infra, n° IV.1.).

Art. 149d (nouveau)

Alinéa 1 : Cette disposition régit la compétence indirecte du tribunal étranger ayant rendu une décision concernant la validité, les effets juridiques, l'administration, la modification ou la cessation du trust. Les critères énumérés aux lettres a à c correspondent aux critères retenus pour la compétence directe et n'appellent dès lors pas de remarques particulières.

En revanche, l'hypothèse prévue à la lit. d n'est pas entièrement claire. D'une part, on ne comprend pas pourquoi cette disposition profite uniquement aux décisions reconnues dans l'Etat du siège du trust, et non à celles reconnues dans l'un des autres Etats qui ont la compétence indirecte, notamment dans l'Etat du domicile ou de la résidence du défendeur. Il est vrai que la même restriction est actuellement prévue en matière de sociétés à l'art. 165, al. 1 LDIP mais sa raison d'être est obscure. D'autre part, nous estimons que la reconnaissance ne devrait être en aucun cas soumise à la condition que le défendeur ne soit domicilié en Suisse ; lors de l'élaboration de la LDIP, cette restriction était imposée par l'art. 59a de l'ancienne Constitution fédérale mais sa raison d'être est tombée après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution (art. 30).

Alinéa 2 : n'appelle pas de considérations particulières.

III. Modifications envisagées à la LP (Art. 3 AF)

Art. 284a (nouveau)

Pas de remarque.

Art. 284b (nouveau)

Pas de remarque.

IV. Questions laissées ouvertes par l'avant-projet d'AF – Règles impératives du droit suisse

L'avant-projet d'AF ne contient aucune disposition visant à préciser la relation entre le droit applicable au trust, déterminé conformément à la CH, d'une part, et les dispositions impératives du droit applicable à certains rapports juridiques, notamment aux droits réels et aux successions, selon les autres règles de conflit de la LDIP.

Il est bien connu que selon son art. 15, la CH ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes : la protection des mineurs et des incapables, les effets personnels et patrimoniaux du mariage, les testaments et la dévolution des successions, le transfert de propriété et les sûretés réelles, la protection des créanciers en cas d'insolvabilité et la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards. Ces dispositions impératives priment le droit applicable au trust. Lorsqu'elles font obstacle à sa reconnaissance, la CH, à son art. 15, al. 2, prévoit que le juge doit s'efforcer de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.

Du point de vue du droit matériel suisse, des conflits entre le statut du trust et des règles impératives internes peuvent se poser notamment en relation avec l'institution du « tracing » ainsi qu'en matière successorale.

1. « Tracing » (Droit de suite)

a) La portée exacte de l'institution du « tracing » exercée en Suisse extrêmement obscure. Selon l'interprétation de la CH suggérée dans le Rapport explicatif et que nous partageons, la ratification n'emporte aucune obligation pour la Suisse de reconnaître un « tracing » en droit interne (n° 1.4.2.2.1. et n° 1.4.4.2.). Il est vrai que selon l'art. 11, al. 3, lit. d CH, la reconnaissance d'un trust implique, dans la mesure où le droit applicable au trust le requiert ou le prévoit, que « la revendication des biens du trust soit permise dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels *ou en a disposé* » (nous soulignons). Toutefois, la portée de cette disposition est limitée par l'art. 15 CH selon lequel la Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions impératives de la loi désignée par les règles de conflit du for, notamment en matière de transfert de propriété et des sûretés réelles.

Il est évident que, du point de vue suisse, les règles sur l'acquisition de la propriété sont des règles impératives. Ces règles sont applicables – aux sens des articles 99 et 100 LDIP – à partir du moment où les biens du trust se trouvent en Suisse au moment de l'acte de disposition dont ils font l'objet. Dès lors, on doit admettre que ces règles sont applicables en vertu de l'art. 15 CH, et ce, même lorsqu'elles sont en contradiction avec la loi régissant le trust. Ainsi, si cette loi permet au trustee ou aux bénéficiaires de revendiquer les biens qui ont été aliénés en violation des dispositions du trust (« tracing »), pareille revendication doit être exclue pour les biens acquis en Suisse non seulement lorsque le tiers les a acquis de bonne foi et à titre onéreux mais également s'il les a acquis à titre gratuit, et même s'il était de mauvaise foi au moment de l'acquisition, contrairement à ce que semble suggérer le Rapport explicatif (p. 36, in fine).

En effet :

- En droit suisse, le mécanisme de protection de l'acquisition de bonne foi prévu aux art. 933 et 973 CCS fonctionne également en cas d'acquisition à titre purement gratuit, selon une doctrine très largement majoritaire (par exemple P. Liver, SPR 1977, V/1 p. 397 n. 26; H. Becker, Commentaires bernois 1934, n° 2 ad 248 CO; H. Oser/W. Schönenberger, Commentaires zurichois 1936, n° 4 ad 248 CO; E. W. Stark, Commentaires bernois, 2002, n° 59 ad. 133 CC; P. H. Steinauer, Les droits réels I, 1997, n° 441 p. 120; S. Maissen, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, 1996, p. 217 i.f. p. 64; P. Cavin, SPR VII/1, 1977, p. 183 n. 1; H. Hinderling, SPR V/1, 1977, p. 483-484; F. Guisan, La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière, 1970, p. 68 ss; P. Piotet, La formation du contrat, 1956, p. 78-80.). Le Rapport explicatif prend le contre-pied de cette doctrine majoritaire sans aucune discussion juridique de la question (n° 1.4.4.4 p. 26) et s'expose par là à la critique dans la mesure où les tribunaux peuvent fort bien se rallier, contrairement à sa conclusion, à l'opinion dominante.
- De surcroît, si l'on admet que le trustee est le propriétaire des biens du trust, le tiers qui les acquiert en Suisse en devient propriétaire même s'il savait que l'aliénation s'est faite en violation des dispositions du trust. En effet, en droit suisse, il est bien connu que la violation par le vendeur de son obligation personnelle de ne pas aliéner envers un bénéficiaire n'enlève rien à la validité de l'acquisition faite par son acheteur, cet acheteur fût-il au courant de la violation des obligations grevant son partenaire contractuel. Cette conclusion ne pourrait être contestée qu'en admettant que les bénéficiaires du trust sont titulaires d'un véritable droit réel (et donc d'un droit de suite sur les biens), ce que le Rapport explicatif nie expressément (n° 1.2.5.6. et n° 1.4.4.3.). Du reste, pareil droit réel serait en contradiction avec le principe du *numerus clausus*, contradiction qui est en revanche niée dans le Rapport explicatif (n° 1.4.4.3.).

Cette question, touchant à la qualification du point de vue suisse de l'institution, est tout à fait centrale à l'intégration du trust en droit suisse : il est inimaginable qu'elle ne soit pas abordée de manière claire dans l'avant-projet. En revanche, l'art. 149 b projeté laisse entière l'obscurité ici dénoncée et abandonne des pans entiers de la problématique de l'intégration du trust à l'incertitude de pratiques jurisprudentielles ultérieures. Loin de dissiper cette incertitude, le Rapport explicatif l'alimente dans la mesure où il paraît admettre le « tracing » dans les cas d'acquisition de mauvaise foi ou de bonne foi à titre gratuit (p. 36 in fine).

b) Au vu de ce qui précède, l'effet des inscriptions que l'art. 149c projeté prescrit pour les immeubles ainsi que pour certaines catégories de meubles n'est pas clair. En effet, selon l'alinéa 3 de cette disposition, une relation de trust qui n'a pas fait l'objet d'une mention ou qui n'a pas été inscrite n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. A contrario, il semblerait ainsi qu'un trust inscrit soit opposable aux tiers. Doit-on en déduire que, dans ce cas, les biens aliénés en violation des dispositions du trust peuvent faire l'objet d'une revendication (« tracing ») ? A notre avis, la réponse ne peut être que négative, étant donné qu'en droit suisse le trust ne peut pas produire les effets d'un droit réel. Cependant, le Rapport explicatif semble suggérer le contraire (p. 36 in fine).

2. Rapport avec le droit matrimonial et successoral

a) Contrairement à l'avant-projet Thevenoz, toutes dispositions propres au droit matrimonial et au droit successoral, objets de la réserve de l'art. 15 de la convention, ont été supprimées. Les controverses suscitées par la première procédure de consultation (n° 2.2. p. 37) montrent bien que cette suppression n'a rien d'évident et que la réserve générale du droit successoral, comme du champ d'application de la loi successorale et du for successoral, mentionnée en

termes généraux dans le rapport, ne suffit pas à éclairer le champ d'application exact de cette loi par rapport à la loi applicable au trust selon art. 149 b LDIP.

Les mêmes problèmes d'interprétation que ceux évoqués précédemment vont ainsi se poser en l'occurrence. Loin d'éclairer la difficulté, le Rapport explicatif paraît (n° 1.4.2.1.4) admettre que la loi successorale ne s'applique que si le trust a une fonction successorale, alors que naturellement le champ d'application de la loi successorale devrait emporter des prérogatives de réduction ou de rapport d'actes - à cause de mort ou entre vifs - qui peuvent parfaitement résulter de l'institution d'un trust.

b) En outre, l'acquisition de l'héritier étant régie par la loi successorale, la question d'un patrimoine successoral distinct doit être réglée en droit interne dans la mesure où elle est imposée par la convention (n° 1.4.2.2.2). Il faut en particulier souligner que, si le droit suisse s'applique à la liquidation du régime matrimonial ou la succession, des rapports doivent être fixés entre l'administration séparée soumise au droit étranger et les autres patrimoines ou masse de biens de l'héritier ou du conjoint.

c) La légitimation du trustee à défendre à une procédure matrimoniale ou successorale doit en outre être réglée comme élément décisif de la loi matrimoniale ou successorale suisse qui pourrait être applicable, même si le trust est soumis à la loi étrangère selon l'art. 149b projeté LDIP. Le conflit entre les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, de l'administrateur ou du liquidateur successoral doit être également réglé avec les prérogatives propres au trustee - également sur la question de l'incapacité personnelle en cas de cumul. Bref, d'innombrables problèmes, concrets et pratiques, ne sont nulle part abordés par l'avant-projet, alors qu'ils devraient clairement figurer dans le texte légal.

Lausanne, le 7 février 2005

Mayer Thomas BJ

Von: Krebs Claudia BJ
Gesendet: Donnerstag, 27. Januar 2005 08:42
An: Markus Alexander BJ; Mayer Thomas BJ
Betreff: WG: dispositions sur le trust



Rapport
12.1.05.doc (29 KB)

Lieber Alexander
Lieber Thomas

In der Beilage sende ich Euch eine weitere Stellungnahme zum Trust. Soll ich selber eine kleine Antwort versenden, um den Erhalt zu bestätigen?

Gruss
Claudia

-----Ursprüngliche Nachricht-----

Von: GUILLOD Olivier [mailto:Olivier.Guillod@unine.ch]
Gesendet: Montag, 24. Januar 2005 17:37
An: claudia.krebs@bj.admin.ch
Betreff: TR: dispositions sur le trust

> Chère Madame,
> Nous vous remercions d'avoir bien voulu consulter la Faculté de droit
> de Neuchâtel sur le projet d'approuver la Convention de La Haye
> relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance et à
> l'introduction dans la LDIP de dispositions spécifiques sur le trust.
> Vous trouverez, en annexe, une brève prise de position sur le sujet,
> préparée par le professeur François Knoepfler au nom de notre Faculté.
> Veuillez agréer, chère Madame, nos salutations les meilleures.
>
> Le doyen:
> Prof. Olivier Guillod
>
> Copie à Viviane Perratone, secrétaire de la Faculté
>
> > <<Rapport 12.1.05.doc>>

Rapport relatif à l'approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance et à l'introduction dans la LDIP de dispositions spécifiques sur le trust

La présence du trust dans la vie juridique suisse est incontestable. Qu'il s'agisse du droit commercial, du droit des sociétés, du droit successoral ou fiscal, son utilisation est multiple et par là même sa qualification délicate et fluctuante. Il est établi que la Suisse peut vivre sans ratification de la Convention de La Haye ou de normes particulières dans la LDIP. Cependant, une clarification de la situation et une réglementation aussi uniforme que possible au niveau international sont souhaitables.

En conséquence, l'utilité de la ratification de la Convention de La Haye et l'introduction de règles spécifiques sur le trust dans la LDIP ne font aucun doute. Le rapport explicatif démontre le bien-fondé de ce double choix.

Toute la difficulté du trust tient, avec ou sans modification du droit suisse, à la difficile harmonie existant entre le trust et les autres matières auxquelles le droit suisse attribue une valeur impérative, soit directement, soit au travers des règles de conflit de lois. La convention tient compte de cette situation par l'article 15 qui, en cas de conflit, donne la priorité aux règles relatives à la succession, la protection des mineurs et la protection des créanciers, pour ne citer que quelques exemples énumérés par la convention.

En effet, il n'est pas rare que le droit du trust soit utilisé par des personnes qui veulent éviter des conséquences liées au droit successoral qui régira leur succession ou éviter une charge fiscale. Il ne faut pas, si l'on prend l'exemple de la succession, que les biens d'un testateur qui devraient être normalement régis par le droit suisse puissent être liquidés différemment grâce au mécanisme du trust.

Cela dit, deux dispositions au moins peuvent justifier un commentaire :

1. L'article 149b al. 3 LDIP nouveau. Cette disposition a pour but d'éviter certains abus. On peut imaginer deux situations :
 - Le testateur, ressortissant suisse, est domicilié en Suisse. Sa succession est impérativement régie par le droit suisse pour autant qu'il y soit domicilié lors de son décès. Le testateur n'a pas la

possibilité de soumettre sa succession à un droit étranger. Le trust qu'il aura créé n'aura de valeur que pour la part dont il peut librement disposer. C'est dire qu'un héritier pourra valablement faire valoir ses droits contre le trust.

Faut-il considérer le trust comme inexistant ou le faire régir par la loi normalement applicable ? L'article 149b nouveau prévoit un alinéa 3 selon lequel "une élection de droit selon l'article 6 de la convention n'est pas prise en compte si un droit étranger est désigné et qu'à l'exception de l'élection de droit, il n'existe aucun lien avec l'étranger". On peut douter de l'utilité de cette clause. Si l'on se fonde sur la systématique de la LDIP, elle est certainement superflue puisque la loi ne concerne, par définition, que les causes internationales. L'autonomie de la volonté qui, en droit international privé, permet aux parties de choisir par exemple le droit applicable aux contrats (art. 116 LDIP), présuppose l'internationalité. Cependant, l'article 149 b al. 3 LDIP nouveau peut se comprendre dans la mesure où l'article 6 de la Convention de La Haye paraît concerner aussi des situations purement internes, la Convention de La Haye s'appliquant à des trusts qui à l'origine ne présentaient aucun élément d'extranéité et dont seule la reconnaissance dans un Etat tiers fait surgir un problème de conflit de lois.

Si cette disposition a pour objet de réduire la portée de l'article 6 de la convention, on peut se demander dans quelle mesure une telle restriction est possible puisque les seules réserves qui sont prévues par l'article 26 de la convention sont celles des articles 16, 21 et 22.

- A l'inverse, si le testateur est étranger et domicilié en Suisse, il aurait eu la possibilité de soumettre sa succession à sa loi étrangère (art. 90 al. 2 LDIP). Si le de cujus a créé un trust et que celui-ci porte atteinte à la réserve des héritiers selon le droit suisse normalement applicable à la succession, une telle situation ne devrait pas aboutir à la réduction des effets du trust. En effet, le trust joue ici un rôle successoral et dans la mesure où le testateur avait la possibilité, sans autre justification (voir ATF 102 II 136, Hirsch c/ Cohen), de soumettre sa succession à son droit national, les effets du trust ne devraient pas être réduits pour autant que cette institution soit dans le cas présent régie par un droit national du de cujus / settlor. Cette situation est d'ailleurs parfaitement visée par l'article 15 al. 2 de la Convention de La Haye.

2. L'article 149d LDIP nouveau, qui est très brièvement abordé dans le rapport, paraît présenter un risque qui est dû précisément au caractère difficilement qualifiable du trust du fait des très nombreuses objectives qu'il est en mesure de poursuivre. Admettons un trust créé dans un Etat connaissant cette institution, sans choix du droit applicable, par une personne domiciliée en Suisse. Les biens transférés du settlor au trustee sont pour partie situés dans l'Etat du trust, pour partie en Suisse aussi. Le settlor meurt domicilié en Suisse. Le settlor étant suisse, il n'aurait pas pu choisir un droit étranger pour régir sa succession. Les règles successorales sur la réserve sont rendues inefficaces par l'existence du trust. Une décision judiciaire rendue par un tribunal de l'Etat du siège du trust attribue les biens litigieux à une personne qui n'est pas un héritier réservataire. La décision devrait être reconnue à lire l'article 149d nouveau LDIP. La formulation actuelle n'entre-t-elle pas en contradiction avec l'article 15 de la Convention de La Haye ? En d'autres termes, la reconnaissance prévue par l'article 149d nouveau n'est-elle pas trop généreuse ?

Le fait que cette disposition soit construite sur le même schéma que l'article 65 LDIP ne constitue pas une justification suffisante car le droit des sociétés ne présente pas le même risque que le trust pour les matières telles que la protection des mineurs, les effets personnels et patrimoniaux du mariage, les successions, etc.

Avec ces précisions et sous la réserve qui vient d'être exprimée, nous considérons que les modifications législatives proposées doivent être soutenues.

Neuchâtel, le 20 janvier 2005



GS EJPD 0001428

Association of Foreign Banks in Switzerland
Verband der Auslandsbanken in der Schweiz
Association des banques étrangères en Suisse
Associazione delle banche estere in Svizzera

DAY

foreign banks . in switzerland.

Anz: 0-0 BJ
zur direkten Einreichung
K: Vorzimmer

Herr Bundesrat Dr. Christoph Blocher
Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements
Bundeshaus West
3003 Bern

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000504405

240. ✓

Zürich, 21. Januar 2005

Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 20. Oktober 2004 gab das Eidg. Polizei- und Justizdepartement die Vorlage für die Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens und die damit notwendigen Anpassungen im Schweizer Recht zur Vernehmlassung frei.

Wir hatten schon Gelegenheit, in der Vorvernehmlassung des Bundesamtes für Justiz die Gründe darzulegen, warum wir die Ratifikation und die Gesetzesanpassungen unterstützen. Sie erhöhen die Rechtssicherheit sowohl für die beteiligten Institute als auch für ihre Kunden, und wirken sich langfristig positiv auf die Entwicklung der Vermögensverwaltung für Privatkunden aus.

Der Verband der Auslandsbanken unterstützt deshalb die Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens und bittet Sie, unmittelbar nach Abschluss der Vernehmlassungsfrist die entsprechenden Schritte zu veranlassen.

Wir danken Ihnen für Ihre Bemühungen.

Mit freundlichen Grüssen

VERBAND DER AUSLANDSBANKEN IN DER SCHWEIZ

Dr. Alfredo Gysi
Präsident

Dr. Martin Maurer
Geschäftsführer



Vereinigung
Schweizerischer Handels-
und Verwaltungsbanken

Association
de Banques Suisses
Commerciales et de Gestion

Associazione
di Banche Svizzere
Commerciali e di Gestione

Herrn
Bundesrat Dr. Ch. Blocher
Vorsteher des
Eidgenössischen Justiz- und Polizeide-
partements
Bundeshaus West
3003 Bern

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000504606

240. V

8021 Zürich, 27. Januar 2005
Selnastrasse 30, Postfach
Tel. 058 854 28 01 Fax 058 854 28 33
<mailto:dieter.sigrist@swx.com>

Stellungnahme zum „Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung“

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Ende Oktober 2004 wurde der Vorentwurf des oben erwähnten Bundesbeschluss veröffentlicht und zu einer Vernehmlassung eingeladen. Unsere Vereinigung ist an diesem Thema sehr interessiert und wir nehmen daher gerne Stellung.

1. Wir begrüßen ausdrücklich den Entschluss, das Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung zu ratifizieren. Wir erachten dies – gegenüber einer im Vorfeld z.T. vorgeschlagenen und diskutierten eigenen entsprechenden umfassenden nationalen Gesetzgebung – als das adäquate Vorgehen.
2. Im Zusammenhang mit der Ratifikation sind verschiedene bestehende nationale Gesetze anzupassen. Entgegen den verschiedentlich vorgängig diskutierten Diskussionsvorschlägen sind im nun vorliegenden Vorentwurf einzig Anpassungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) IPRG sowie des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vorgesehen. Wir unterstützen diese Beschränkung auf das IPRG sowie das SchKG, weil so rasch eine praktikable Lösung erreicht wird.
3. Nach stehend gehen wir auf zwei Punkte ein, die wir als besonders wichtig betrachten.
 - a. Art. 149b Abs. 3 IPRG: Ein Absatz 3 wird als einschränkende Ergänzung zum Absatz 2 des gleichen Artikels zur Diskussion vorgeschlagen. Die neu vorgeschlagenen Bestimmungen und damit auch dieser Absatz 3 sind in der gesamten Systematik des IPRG, insbesondere im Zusammenhang mit den Gemeinsamen Bestimmungen bzw. dem 3. Abschnitt anwendbares Recht (Art. 13 – 19 IPRG), zu sehen. Diesbezüglich würde durch die Einführung des vorgeschlagenen Art. 149b Abs. 3 IPRG eine neue weiterführende Spezialregelung eingeführt, die z.T. mehr Einschränkungen

enthält, als die im IPRG ansonsten grundsätzlich geltenden Regeln, z.B. im Zusammenhang mit vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht. Die entsprechende Auslegung dieser neuen Norm könnte gerade bei sich fortwährend ändernden Verhältnissen, wie dies bei typischen *Trust*-Situationen regelmässig der Fall ist, zu einer Rechtsunsicherheit führen. Dies wird auch im erläuternden Begleitbericht des EJPD anerkannt. In Anbetracht der Tatsache, dass das IPRG bereits in seiner eigenen Systematik Gesetzesbestimmungen enthält, die einen Missbrauch (z.B. Vorbehalt zu Gunsten des schweizerischen Ordre public oder der Vorbehalt der Anwendung zwingenden schweizerischen Rechts) verhindert, sollte der zur Diskussion gestellte neue Absatz 3 von Art. 149b IPRG ersatzlos gestrichen werden.

b. Art. 284a SchKG: Die einzelnen Formen bzw. Möglichkeiten der Betreuung wurde bereits in den diversen Diskussionspapieren, welche im Vorfeld publiziert wurden, eingehend erläutert. Aufgrund der spezifischen Struktur eines Trusts bzw. dessen Ausgestaltung im Ausland ist eine Übertragung in die schweizerischen Verhältnissen, vor allem im Bereich der Betreuung, jedoch nur schwer zu erreichen. Entsprechend sind einzelne Punkte, der jetzt vorgeschlagenen Lösung zwar nicht optimal, jedoch als Mittelweg akzeptabel.

4. Die Problemkreise im Zusammenhang mit der allfälligen Besteuerung eines Trusts bzw. Trustees aus schweizerischer Sicht u.a. sind im vorliegenden Vorentwurf zurecht nicht geregelt, ebenso die Frage einer allfälligen Aufsichtsregelung der Trustee-Arbeit. Beide Themata sollten jedoch erst im Anschluss an die Ratifizierung des Haager Übereinkommens angegangen werden. Erst eine umfassende Regelung, welche auch diese beiden Punkte einschliesst, wird schlussendlich sicherstellen, dass in der Schweiz der Trust-Bereich im Sinne einer kompetitiven Gesamtlösung, welche den Vergleich zu den Situationen ausländischer Finanzplätze nicht zu scheuen braucht, eine echte Chance erhält.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Meinungsäusserung im voraus bestens.

Mit freundlichen Grüssen



Raymond J. Bär
Präsident



Dr. Dieter Sigrist
Sekretär

Geschäftsstelle

Wallstrasse 8
Postfach
CH-4002 Basel

Telefon 061 206 66 66
Telefax 061 206 66 67
E-Mail vskb@vskb.ch



Verband Schweizerischer Kantonalbanken
Union des Banques Cantionales Suisses
Unione delle Banche Cantionali Svizzere

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000504556

240. V

Herrn Bundesrat
Dr. Christoph Blocher
Vorsteher des Eidgenössischen
Justiz- und Polizeidepartements
Bundeshaus West
3003 Bern

trustrecht_stellungnahme_blocher_br280105

Datum 28. Januar 2005

Unsere Referenz HPH/SB

Trust-Recht: Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrter Herr Bundesrat

In der Anlage überlassen wir Ihnen die Kopie unserer Stellungnahme, welche wir wunschgemäß an das Bundesamt für Justiz gerichtet haben. Ein wichtiges Anliegen unsererseits ergibt sich aus dem Umstand, dass auch mit einer Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens weiterhin kein eigentliches Schweizer Trustrecht besteht. Damit ergibt sich für nur im Inland tätige Banken auch weiterhin ein Wettbewerbsnachteil. Um diesen zu beheben, würden wir es sehr begrüßen, wenn mit der Vorlage resp. der Botschaft zur Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens auch gesetzgeberische Aktivitäten zur Schaffung eines eigentlichen Schweizer Trustrechts oder zumindest zur Steigerung der Attraktivität von Treuhandverhältnissen und Stiftungen mit Schweizer Domizil in Aussicht gestellt würden.

Wir danken Ihnen, wenn dieses Anliegen berücksichtigt wird, und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Verband Schweizerischer Kantonalbanken

Carlo Mati

Hanspeter Hess

Beilage

Geschäftsstelle

Wallstrasse 8
Postfach
CH-4002 Basel

Telefon 061 206 66 66
Telefax 061 206 66 67
E-Mail vskb@vskb.ch

 **Verband Schweizerischer Kantonalbanken**
Union des Banques Cantionales Suisses
Unione delle Banche Cantionali Svizzere

K O P I E

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

trustrecht_stellungnahme_ejpd_br280105

Datum 28. Januar 2005

Unsere Referenz HPH/SB

Trust-Recht: Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir die Möglichkeit wahr, zum vorgeschlagenen Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung Stellung zu nehmen.

In der Schweizer Rechtsordnung ist das Rechtsinstitut des Trusts bisher nicht bekannt. Dies ist sowohl für den Anbieter als auch für den Nachfrager von Trusts mit einer Unsicherheit in Bezug auf deren rechtliche Qualifikation in der Schweiz und das anwendbare Recht verbunden. Wir begrüssen, dass mit der vorgeschlagenen Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens und den Ergänzungen im internationalen Privatrecht die Rechtssicherheit erhöht wird und unterstützen im Grundsatz das dabei vorgeschlagene Vorgehen. Wir nehmen zur Kenntnis, dass die Ratifizierung des Trust-Übereinkommens keine zusätzlichen Auswirkungen auf das Geldwäschereigesetz und die Sorgfaltspflichten der Banken im Besonderen beinhaltet.

Mit dem erleichterten Zugang und der Erhöhung der Rechtssicherheit in Bezug auf das für ausländische Trusts anwendbare Recht ist zu erwarten, dass vermehrt auch schweizerische Finanzintermediäre als Trustee eingesetzt werden. Von Bedeutung ist allerdings, dass eine kompetitive und harmonisierte Regelung der mit der Verwaltung von Trusts in der Schweiz verbundenen steuerlichen Fragen getroffen wird. Ebenfalls entscheidend für die Attraktivität des Finanzplatzes Schweiz – im Vergleich mit anderen Standorten – für diesbezügliche Aktionen resp. für Trustees, die Trusts aus der Schweiz heraus verwalten, ist eine hohe Servicequalität. Als Beitrag zu dessen Sicherstellung ist ein Lizenzerfordernis für Trustees – soweit es sich nicht um regulierte Finanzintermediäre handelt – zu begrüssen.

Im Weiteren verweisen wir auf die Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung. Bei deren Erarbeitung waren auch Vertreter unserer Bankengruppe involviert und wir können uns den darin aufgeführten Überlegungen im Grundsatz anschliessen.

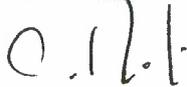
Ohne entsprechende Anpassungen der inländischen Rechtsordnung können jedoch trustähnliche Gebilde nach Schweizer Recht auch nach erfolgter Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens nicht angeboten werden. Nachfrager nach entsprechenden Dienstleistungen sind auf inländische Anbieter (Banken) mit Niederlassungen im angloamerikanischen Rechtsraum oder auf ausländische Anbieter angewiesen. Alternativ ist ein Ausweichen auf andere Rechtsfiguren der schweizerischen Rechtsordnung (wie Treuhand oder Stiftung) denkbar, die im Vergleich mit ausländischen Trusts zwar gewisse Parallelen, aber nicht alle Vorteile eines Trusts aufweisen, und ihn deshalb in der Regel nur schwer ersetzen können. Als Bankengruppe, die grossmehrheitlich im Inland tätig ist, erwarten wir, dass dieser Handlungsbedarf anerkannt wird, weil nur so die nur im Inland tätigen Banken über gleich lange Spiesse

verfügen. Wir anerkennen, dass mit dem Ziel, die aktuelle Vorlage nicht zu komplizieren und damit eine rasche parlamentarische Behandlung und Umsetzung möglicherweise zu gefährden, dieses Anliegen wohl am besten durch eine separate Vorlage aufzunehmen ist. Wir erwarten aber, dass bei der weiteren Bearbeitung der Vorlage resp. in der Botschaft zur Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens **die Schaffung eines eigentlichen Schweizer Trustrechts** durch entsprechende gesetzgeberische Anpassungen in Aussicht gestellt wird.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Verband Schweizerischer Kantonalbanken



Carlo Mati



Hanspeter Hess

VERBAND SCHWEIZERISCHER GRUNDBUCHVERWALTER
SOCIÉTÉ SUISSE DES CONSERVATEURS DU REGISTRE FONCIER
SOCIETÀ SVIZZERA DEGLI UFFICIALI DEL REGISTRO FONDARIO

www.grundbuchverwalter.ch

www.registre-foncier.ch

www.registro-fondario.ch

Präsident Jürg Bracher, Notar
Grundbuchverwalter
Kreisgrundbuchamt V
Burgdorf-Fraubrunnen
Bernstrasse 5
CH-3312 Fraubrunnen

**Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern**

Telefon 0041 (0)31 760 11 22
Fax 0041 (0)31 760 11 99
e-mail: juerg.bracher@jgk.be.ch

Fraubrunnen, 27. Januar 2005

Ihr Zeichen:

**Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager
Übereinkommens über das auf *trusts* anzuwendende Recht und über
ihre Anerkennung; Vernehmlassung**

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Vernehmlassung zu der erwähnten Gesetzesvorlage. Wir nehmen aus der Sicht der Grundbuchführung zu der Vorlage gerne wie folgt Stellung.

Wir begrüßen die Genehmigung des Haager Übereinkommens vom 1. Juli 1985 betr. das auf *trusts* anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung ausdrücklich.

Der vorgesehene neue Artikel 149c IPRG führt zu einer Klärung der Rechtslage und zur Steigerung der Rechtssicherheit. Unseres Erachtens müsste jedoch nicht eine grundbuchliche Anmerkung vorgesehen werden. Wir halten vielmehr eine Vormerkung im Grundbuch, aus der die Zugehörigkeit des Grundstückes zu einem *trust* hervorgeht, als adäquates Institut. Wir verweisen auch auf die seinerzeitige Lösung (bis 1.1.1993) bei Lebensversicherungen in Art. 7 des Bundesgesetzes über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherungen inländischer Lebensversicherungsgesellschaften, nun neu Sicherstellungsgesetz, SR 961.031.

Wir würden es im Übrigen begrüßen, wenn in der Grundbuchverordnung die Voraussetzungen der Einschreibung und der Löschung des *trust*-Verhältnisses (sei es

nun eine Anmerkung oder eine Vormerkung) gemäss Art. 12 des Haager-Übereinkommens konkretisiert würden.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Hinweisen zu dienen und danken noch einmal für die Möglichkeit der Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen

A handwritten signature in blue ink, consisting of several loops and a long tail that extends downwards.

J. Bracher, Präsident

Office fédéral de la Justice
Bundesrain 20
3003 Berne

Genève, le 11 janvier 2005

Convention de la Haye sur les trusts

Mesdames, Messieurs

Nous faisons suite au courrier de Monsieur le Conseiller fédéral Christoph Blocher du 25 octobre 2004 et à ses annexes.

Nous nous permettons de vous faire part de quelques observations dans le cadre de la consultation sur le projet d'arrêté fédéral portant approbation de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (ci-après « la Convention »).

Notre Association a depuis longtemps souligné la nécessité de procéder à la ratification de la Convention, compte tenu de l'importance primordiale que revêt l'activité liée aux trusts au sein de la place financière suisse et, en particulier, dans le domaine du « *private banking* ». Nous avons d'ailleurs soutenu ce point de vue dans le cadre de consultation préalable menée par l'Office fédéral de la justice (OFJ) entre décembre 2003 et mars 2004.

Les éléments suivants méritent d'être mis en exergue :

1. Révision de la LDIP comme alternative à la ratification de la Convention

Nous avons constaté avec satisfaction que le Département fédéral de justice et police (DFJP) avait renoncé dans son projet à envisager une révision de la LDIP comme alternative à la ratification de la Convention (chiffre 1.5, p. 29 et suivante). En effet, une telle révision impliquerait un travail important du législateur suisse qui ne manquerait pas de retarder encore davantage la reconnaissance des trusts en Suisse. Par ailleurs les risques de contradiction entre la LDIP et la Convention seraient inévitables et porteraient préjudice à la sécurité du droit en la matière. Enfin, compte tenu de la dimension souvent internationale du trust, il paraît préférable de se joindre à un effort d'unification juridique à large échelle par le biais d'une Convention plutôt que d'opter pour une solution purement locale.

2. Registre du patrimoine mobilier

Il faut saluer le fait que le projet du DFJP (chiffre 1.4.4.1) n'ait pas retenu la proposition contenue dans le rapport de l'OFJ qui entendait rendre obligatoire

l'inscription dans un registre public de l'existence d'une relation de trust portant sur un patrimoine mobilier.

Il convient de relever que cette obligation n'était pas du tout envisagée par le Professeur Luc Thévenoz dans son étude de 2001 commandée par l'OFJ. En effet, il s'exprime en ces termes à ce propos : « *On remarquera que l'article 12 de la Convention et la règle ci-dessus proposée visent une faculté du trustee, et non une obligation de s'identifier comme tel ou de rendre manifeste l'existence du trust. En effet, l'acte de trust (trust deed) et, subsidiairement, la loi applicable au trust, ne font pas nécessairement obligation au trustee de rendre l'existence d'un trust manifeste pour les tiers. Sous réserve de la loi qui régit le trust, l'acte de trust peut faire de cette forme de publicité une obligation, une simple faculté, voire l'interdire. Un tel choix du settlor est de nature à réduire sensiblement le droit de suite des bénéficiaires à l'encontre des acquéreurs. Il n'appartient cependant pas au droit suisse de transformer la faculté prévue par la Convention en une véritable obligation » (Luc Thévenoz, Trust en Suisse : Adhésion à la Convention de la Haye sur les trusts et codification de la fiducie, Schulthess 2001, p. 121, extrait souligné par nos soins).*

Sauf à vouloir enlever toute portée pratique à la ratification de la Convention par la Suisse, il était impératif de supprimer cette obligation d'inscription portant sur un patrimoine mobilier.

3. Surveillance des trusts et des trustees

Le DFJP a renoncé à inclure dans son projet des dispositions régissant la surveillance des trusts. Toutefois, le rapport explicatif précise qu'« *il est parfaitement loisible au législateur suisse d'adopter des dispositions relatives à la surveillance des trusts. Il pourrait, par exemple, soumettre les trusts à une surveillance similaire à celle qui s'applique aux fondations ou soumettre l'exercice à titre professionnel de l'activité de trustee au régime de l'autorisation .* » (chiffre 2.5, p. 40).

Il nous paraît très important de ne pas soumettre les trusts à une surveillance disproportionnée. En effet, tout comme la problématique du registre public évoquée ci-dessus, une surveillance trop étendue dans ce domaine pourrait réduire de manière sensible les avantages liés à la ratification de la Convention. Il convient de rappeler dans ce contexte que, dans les pays anglo-saxons à l'origine de la notion de trusts, la surveillance ne s'exerce souvent que pour les trusts créés sous forme de « *charity* ». Cas échéant, une solution similaire devrait être adoptée en Suisse. Il faut d'ailleurs souligner que la plupart des trustees actifs en Suisse font déjà l'objet d'une surveillance en leur qualité d'intermédiaires financiers.

De même, il nous semble contreproductif de vouloir soumettre l'exercice à titre professionnel de l'activité de trustee au régime de l'autorisation. En effet, il faut se demander quelle serait l'autorité chargée d'attribuer les licences et quels critères devraient être appliqués à cet effet. Le rapport ne dit rien à ce sujet. La mise en place d'une autorité ad hoc aurait inmanquablement pour effet d'entraîner une charge administrative, des coûts et des retards supplémentaires.

Sur le plan pratique, on voit d'ailleurs mal comment on pourrait amener des trustees étrangers à se plier à des exigences de droit suisse pour voir les trusts dont ils sont responsables reconnus par la législation helvétique. Une telle exigence

semble contraire au but de la Convention, qui est de permettre la reconnaissance en Suisse de trusts valablement constitués selon un droit étranger et, dans la plupart des cas, avec un trustee étranger.

De plus, la Grande-Bretagne, berceau du trust, n'impose aucune surveillance aux trustees et considère que les rapports de trust relèvent exclusivement du droit privé.

A cela s'ajoute encore que le Luxembourg, qui vient de ratifier la Convention en question, a justement renoncé à instaurer un tel régime d'autorisation.

Il est difficilement concevable que la Suisse impose à sa place financière des conditions plus strictes dans ce domaine que ses principaux concurrents européens, sauf à vouloir mettre en péril sa compétitivité.

4. Fiscalité

Le projet du DFJP ne contient pas de dispositions de droit fiscal. Il se borne à relever qu'un groupe de travail a été mis sur pied sous l'égide de la Conférence fiscale suisse (CFS) qui sera amené à établir « *une liste des problèmes fiscaux rencontrés dans le problème des trusts* » et à proposer « *des solutions qui pourraient être fixées dans une circulaire de la CFS ou de l'administration fédérale des contributions* » (chiffre 2.6, p. 41).

La problématique fiscale revêt une importance cruciale dans ce débat et on peut regretter qu'elle soit sous-estimée par le DFJP. En effet, ce dernier semble penser que la sécurité juridique assurée par le biais de la ratification de la Convention suffira à accroître considérablement l'attractivité de la place financière suisse dans le domaine des trusts et permettra d'éviter un exil des affaires liées à ce type de structures vers d'autres centres offshore (chiffres 1.4.3.2 p. 21 et 4.3, p. 44).

La ratification de la Convention est certes un préalable indispensable, mais malheureusement pas suffisant, pour le développement de l'activité des trusts en Suisse. Un régime fiscal favorable, en comparaison internationale, pour le patrimoine du trust administré par un trustee en Suisse constitue une condition sine qua non à l'essor de ce secteur dans notre pays.

5. Lutte contre le blanchiment d'argent

Il nous paraît important de souligner que la ratification de la Convention par la Suisse ne constitue nullement un obstacle à la lutte anti-blanchiment, compte tenu des obligations très strictes qui incombent aux intermédiaires financiers en matière d'identification de l'ayant droit économique. Ce point est expressément reconnu par le DFJP dans son rapport explicatif, dont il convient de citer quelques extraits ici :

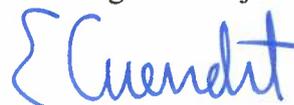
« il ressort tout d'abord que notre législation garantit la transparence nécessaire à empêcher le blanchiment d'argent par des trusts administrés en Suisse (...) La ratification a pour seule conséquence d'asseoir le trust sur des bases juridiques plus solides, ce qui, en définitive, ne peut être que profitable à la lutte contre le blanchiment d'argent. Un trust peut être surveillé de manière plus efficace lorsque la transparence règne à l'égard de ses effets de droit civil. Cela explique que l'Autorité suisse de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment

d'argent soit favorable à une ratification de la convention » (chiffre 1.4.5.1, p. 27).

Nous vous remercions par avance de l'attention que vous voudrez bien porter aux arguments qui précèdent et vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'expression de nos sentiments distingués.

ASSOCIATION DES BANQUIERS
PRIVES SUISSES

Le Secrétaire général adjoint:



Edouard Cuendet



VERBAND SCHWEIZERISCHER VERMÖGENSVERWALTER (VSV)
ASSOCIATION SUISSE DES GÉRANTS DE FORTUNE (ASG)
ASSOCIAZIONE SVIZZERA DI GESTORI DI PATRIMONI (ASG)
SWISS ASSOCIATION OF ASSET MANAGERS (SAAM)

Herrn
Bundesrat
Dr. Christoph Blocher
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 31. Januar 2005

Stellungnahme des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Brief vom 25. Oktober 2004 haben Sie uns eingeladen, zum rubrizierten Geschäft Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Gelegenheit und lassen uns gerne wie folgt vernehmen:

1. Allgemeine Bemerkungen

In der Vermögensverwaltung von Privatpersonen nehmen Trusts für in der Schweiz tätige Banken einen wichtigen Platz ein. Viele Banken haben sich in der Verwaltung von Trusts spezialisiert und haben dafür eigene Tochter-Gesellschaften gegründet. Das Trustgeschäft erfreut sich immer mehr aber auch bei Anwälten, Treuhändern und anderen Financial Service Providern grosser Beliebtheit. Insbesondere wenn das Bankgeheimnis löchriger wird, ist es für den Finanzplatz Schweiz umso wichtiger, sich mit zusätzlichen Dienstleistungen wie das Trust-Geschäft international zu positionieren.

Der Trust ist bis anhin als Rechtsinstitut in den schweizerischen Gesetzen nicht präsent. Für Banken und ihre Kunden besteht eine grosse Unsicherheit in Bezug auf das anwendbare Recht. Welches Recht angewendet werden soll, ist für die Kundschaft und für die Begünstig-

ten der Kundschaft entscheidend. Schwierige Abgrenzungsfragen, Rechtsunsicherheit und damit einhergehende Risiken halten die internationale Kundschaft ab, sich für die Schweiz zu entscheiden. Mit der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens lässt sich eine entscheidende Verbesserung der Rechtssicherheit als Folge der formellen Anerkennung ausländischer Trusts erreichen. So wird die Schweiz für die Verwaltung ausländischer Trusts wesentlich attraktiver. Die ausländische Privatkundschaft lässt nicht nur ihr Vermögen in der Schweiz verwalten, sondern auch ihren Trust. Davon profitieren nicht nur die Banken, sondern auch der gesamte Parabankenbereich und nicht zuletzt der Fiskus. Die Ratifizierung stärkt den Finanzplatz Schweiz, indem er den Finanzplätzen Luxemburg, London und Hong Kong in diesem Bereich gleichgestellt ist, sind doch diese Länder bereits Signatarstaaten des Haager Übereinkommens.

2. Bemerkungen zum vorgeschlagenen Bundesbeschluss

Wir begrüssen, dass die im Vorkonsultationsverfahren geprüfte Option mit der autonomen Regelung des IPRG fallengelassen wurde. Infolge der vielen zeitraubenden Anpassungen im IPRG wäre es zu einer weiteren Verzögerung der Anerkennung von Trusts gekommen. Wir hoffen, dass die Legislative diese Vorlage rasch behandelt.

Dennoch haben wir noch drei Anregungen:

2.1 Steuerliche Behandlung von Trusts in der Schweiz

Gemäss Artikel 19 HTÜ bleibt die steuerliche Behandlung des Trusts von der Ratifikation unberührt und wird ausschliesslich nach schweizerischem Recht behandelt. Ohne eine einfache, klare und insbesondere wettbewerbsfähige Regelung der Steuerfolgen von in der Schweiz verwalteten Trusts, wird der angestrebte Erfolg einer Stärkung des Finanzplatzes Schweiz weitgehend ausbleiben. Die steuerlichen Rahmenbedingungen müssen attraktiv ausgestaltet werden. 2.2 Präzisierung von Art. 149b E-IPRG hinsichtlich "constructive trusts" etc.

Das Haager Übereinkommen soll nur auf rechtsgeschäftlich errichtete Trusts Anwendung finden. Sogenannte „constructive trusts“ und ähnliche Rechtsgebilde sollen hingegen nach den ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen beurteilt werden. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese Gebilde in Zukunft dennoch als rechtsgeschäftliche Trusts betrachtet werden und damit in dem Anwendungsbereich des Haager Übereinkommens fallen, sollte Artikel 149b IPRG dahingehend präzisiert werden.

Unser Textvorschlag zu Art. 149b E-IPRG:

1 Für rechtsgeschäftlich errichtete Trusts gilt das Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anwendbare Recht und ihre Anerkennung. Sogenannte „constructive

trusts“ und ähnliche Rechtsgebilde sollen nach den ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse beurteilt werden und dürfen nicht als rechtsgeschäftliche Trusts betrachtet werden.

2.3 Ergänzung von Art. 284b E-SchKG betreffend Aussonderungsrecht

Artikel 284b SchKG soll ein Aussonderungsrecht bei Betreibungen gegen den Trustee gewähren, die nicht zum Konkurs führen.

Unser Textvorschlag zu Art. 284b E-SchKG:

Im Konkurs eines Trustees wird nach Abzug seiner Ansprüche gegen das Trustvermögen dieses aus der Konkursmasse ausgeschieden. Das Aussonderungsrecht besteht auch bei Betreibungen gegen den Trustee, die nicht zum Konkurs führen.

Wir bedanken uns, für die gebotene Möglichkeit, uns in dieser Angelegenheit vernehmen zu lassen und verbleiben

mit vorzüglicher Hochachtung

**Verband Schweizerischer
Vermögensverwalter (VSV)**



Jean-Pierre Zuber
 Präsident
 Vorsitzender der Geschäftsleitung SRO



Enzo Caputo
 Geschäftsführer
 Mitglied der Geschäftsleitung SRO

Bundesamt für Justiz
Herr Prof. Dr. Heinrich Koller
Bundeshaus West
3003 Bern



240. V

Basel, 31. Januar 2005

Rechtliche Behandlung des Trust in der Schweiz (Haager Trust-Übereinkommen)

Sehr geehrter Herr Prof. Koller

Wir benützen die Gelegenheit zur Vernehmlassung betreffend den Entwurf zum Bundesbeschluss und Begleitbericht über die rechtliche Behandlung des Trusts in der Schweiz (Haager Trust-Übereinkommen). SwissFoundations ist der Verein der Vergabestiftungen in der Schweiz, die im In- und Ausland in verschiedensten Fördergebieten gemeinnützige Unterstützungsleistungen erbringen. SwissFoundations setzt sich mit seinen 28 Mitgliederstiftungen und den Vermögen in der Höhe von über fünf Milliarden Franken für Transparenz, Professionalität und einen wirkungsvollen Einsatz von Stiftungsmitteln im schweizerischen Stiftungswesen ein.

I. Zusammenfassung

Unser Verein begrüsst eine Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens, weil damit Rechtssicherheit in einem für den gemeinnützigen Sektor wichtigen Gebiet erreicht werden kann. Die Ratifikation macht nur Sinn, wenn gleichzeitig auch die steuerliche Behandlung von Trusts geklärt wird.

Im Einzelnen schlagen wir vor:

- ZGB: Beschränkung (*numerus clausus*) der Arten der letztwilligen Verfügungen.
- Steuerrecht: Klärung der steuerlichen Behandlung der Trusts, Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit analog der Behandlung von Stiftungen.
- Aufsichtsrecht: Schaffung von Aufsichtsorganen analog dem Stiftungsrecht bei gemeinnützigen Trusts.

II. Allgemeine Bemerkungen

Der Trust hat heute im Schweizer Wirtschaftsleben eine grosse Bedeutung erreicht. Trotz seiner Bedeutung in der Praxis ist der Trust nach wie vor ein in der schweizerischen Rechtsordnung nicht umschriebenes Rechtsinstitut. Leider wird der Trust noch zu wenig für gemeinnützige Zwecke eingesetzt. Es liegt unserem Verein sehr daran, dass in der Schweiz verwaltete Trusts auf transparenter, ethischer Grundlage für gemeinnützige Zwecke eingesetzt werden.

Mit der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens lässt sich eine entscheidende Verbesserung der Rechtssicherheit als Folge der formellen Anerkennung ausländischer Trusts erreichen. So wird die Schweiz wesentlich attraktiver für die Führung ausländischer Trusts, wovon insbesondere der gemeinnützige Sektor profitieren wird.

III. Constructive Trusts

Diese Art von Trusts wird nicht rechtsgeschäftlich errichtet; vielmehr handelt es sich um die analoge Anwendung von Trust-Recht auf andere Rechtsverhältnisse (Ziffer 1.2 des Berichts). Nach unserer Auffassung kommt im Bericht zutreffend zum Ausdruck, dass das HTÜ auf *constructive trusts* nicht zur Anwendung kommt. Wir begrüßen eine Klärung dieser Situation im Sinne der Rechtssicherheit und zur Verhinderung von Missbräuchen ausdrücklich.

IV. Zur Steuerfrage

Da die mit der Ratifikation angestrebte positive Entwicklung der Trusts in der Schweiz in entscheidendem Masse von der steuerlichen Behandlung abhängt, ist eine Klärung der entsprechenden Fragen von zentraler Wichtigkeit.

Unser Verein verlangt, dass Trust-Vermögen grundsätzlich versteuert werden und dass eine Steuerbefreiung nur unter den engen Regeln, die auch für gemeinnützige Stiftungen gelten, möglich sein sollte.

V. Zum Erbrecht

Im Begleitbericht wird zu den testamentarischen Trusts (Ziff. 1.4.1.1.5) in Zusammenhang mit Art. 493 ZGB ausgeführt, dass man in Zukunft in der Schweiz den *numerus clausus* der letztwilligen Verfügungsarten verlassen und neu auch die testamentarische Errichtung eines Trusts ermöglichen könnte.

Wir sind überzeugt, dass der Verzicht auf den erwähnten *numerus clausus* der Rechtssicherheit im Erbrecht schaden wird: Man muss befürchten, dass die bewährten Pflichtteilsregeln zum Schutze von Ehegatten oder Nachkommen umgangen werden könnten. Aus der Sicht des

gemeinnützigen Sektors genügen die heute vorhandenen Instrumente des Erbrechts und müssen nicht erweitert werden.

Wir würden eine klärende Stellungnahme des Bundesrates zu Gunsten des *numerus clausus* der letztwilligen Verfügungsarten in diesem Zusammenhang begrüßen.

VI. Zu den einzelnen Gesetzesanpassungen

Wir erlauben uns Bemerkungen zu den folgenden Punkten:

ad Art. 149b IPRG:

Das HTÜ soll nur auf rechtsgeschäftlich errichtete Trusts Anwendung finden. Sog. *constructive trusts* und ähnliche Rechtsgebilde sollen hingegen nach den ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen beurteilt werden.

ZGB:

Wir weisen darauf hin, dass Art. 493 ZGB nicht extensiv ausgelegt werden darf.

Steuerrecht:

Die steuerliche Behandlung von Trusts in der Schweiz bleibt von der Ratifikation des Haager Übereinkommens unberührt (Art. 19 HTÜ). Massgeblich bleibt weiterhin ausschliesslich schweizerisches Recht.

Eine Klärung der steuerlichen Behandlung von Trusts in der Schweiz erachten wir als unverzichtbar. Ohne eine klare Regelung der Steuerfolgen von in der Schweiz verwalteten Trusts wird das Ziel, die gemeinnützige Verwendung von Trusts attraktiv zu machen, verfehlt. Wir befürworten deshalb, dass die Arbeiten für die steuerliche Behandlung von Trusts, insbesondere die Voraussetzung zur Steuerbefreiung von gemeinnützigen Trusts, an die Hand genommen werden.

Aufsichtsrecht:

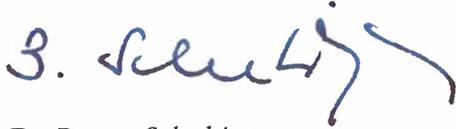
Ebenfalls offen lässt der Bericht die Frage allfälliger aufsichtsrechtlicher bzw. bewilligungsrechtlicher Bestimmungen. Er erwähnt lediglich, dass es dem schweizerischen Gesetzgeber unbenommen sei, "in Zusammenhang mit Trusts aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu erlassen. Er kann beispielsweise gewisse Trusts einer Art Stiftungsaufsicht unterstellen oder die gewerbliche Ausübung einer *trustee*-Tätigkeit von einer amtlichen Zulassung abhängig machen" (Ziff. 2.5).

Wir warnen ausdrücklich davon, die Frage nur unter dem Aspekt der Finanzaufsicht zu behandeln. Für gemeinnützige, steuerbefreite Trusts sind permanente Aufsichtsorgane zu schaffen, die analog der Stiftungsaufsicht dafür sorgen, dass die gemeinnützigen Ziele auch tatsächlich verfolgt werden.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Vernehmlassung und hoffen, dass unsere Bemerkungen zur Klärung einzelner Punkte beitragen können.

Mit freundlichen Grüßen

SwissFoundations
Verein der Vergabestiftungen in der Schweiz



Dr. Benno Schubiger



Christian Felber, Fürsprecher



Secrétariat général

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

Genève, 24 janvier 2005

Procédure de consultation

Arrêté fédéral portant approbation de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

Mesdames, Messieurs,

La Fédération des Entreprises Romandes (FER) a le plaisir de vous soumettre ci-après sa prise de position suite à la procédure de consultation ouverte par le Département fédéral de justice et police concernant la **Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance** (ci-après « la Convention »).

I. Remarques préliminaires

1. Importance économique du trust

Le trust est bien présent en Suisse. Cette institution s'est imposée au profit d'une approche pragmatique de la jurisprudence et de la doctrine suisses, à défaut de réglementation expresse. En effet, nombre de banques, études d'avocats ou de notaires, fiduciaires et autres prestataires de services situés en Suisse pratiquent quotidiennement avec cette institution¹. Les domaines d'application sont d'ailleurs les plus divers (détenation et gestion de patrimoine, collection artistique, assurance vie, etc.)².

La question mérite donc attention, d'un point de vue économique déjà.

2. Approche juridique

Le trust est bien sûr issu de la *common law*. Mais, finalement, les ordres juridiques continentaux ont dû se résoudre à assimiler cette institution juridique étrangère à leur système³. Aller à contre-courant semble illusoire, voire insensé en cette matière.

¹ Cf. not. Robert J. Danon, Trusts express privés et impôts sur le revenu et la fortune. Analyse du régime actuel et réflexions de lege ferenda, ASA 2003 pp. 257-294, p. 259 : « Le trust fait partie des outils de planification patrimoniale et successorale proposés par les banques et autres institutions financières helvétiques à la clientèle privée ».

² Pour le **domaine artistique**, cf. Sibilla Cretti, Trust, fondation et patrimoine artistique. Aspects de droit fiscal, Expert-comptable suisse 2002 pp. 228-233. Pour l'**assurance vie**, cf. Yves Bonnard, Assurance vie offshore. Nouvel outil de planification fiscale et successorale, Expert-comptable suisse 2000 pp. 1157-1162.

³ Cf. déjà Tribunal fédéral, arrêt du 3 septembre 1999, in SJ 2000 pp. 269-272, p. 271 : « Le droit suisse des sociétés, dominé par le principe du numerus clausus, ne connaît pas l'institution du trust (...). Tous les trusts anglo-saxons ne présentent cependant pas un degré d'organisation suffisamment élevé pour entrer dans le champ d'application des art. 150 ss LDIP. »



3. Effets négatifs d'une insécurité juridique

Face aux points précités, une trop grande insécurité emporte plus d'effets négatifs que d'avantages. En effet, les usagers de la forme juridique du trust ont tout intérêt à pouvoir tabler sur un environnement juridique sans (mauvaise) surprise⁴.

4. Craintes non fondées quant au trust

Le trust a parfois traîné avec lui une nébuleuse, le faisant apparaître comme un des véhicules de la criminalité économique.

Comme toutes les idées reçues, celle-ci a la vie dure. Elle est pourtant en contradiction avec la réalité. En plus, en tout état de cause, une meilleure lisibilité juridique améliorerait la traçabilité, notamment des transferts de patrimoine ; le cas échéant, elle renforcerait la lutte contre la criminalité⁵.

5. Enjeux pour la Suisse

En matière de trust, la Suisse a une carte à jouer. En effet, le trust est la pointe de l'iceberg de la compétition internationale qui se joue entre des places financières européennes et offshore⁶. Les dérives de certaines plates-formes offshore pourraient permettre aux pays européens, notamment la Suisse, de se profiler comme des environnements privilégiés pour des trusts « propres », contrôlables et également – dans la pratique – contrôlés, par exemple face à la problématique du blanchiment⁷.

Mais si la Suisse entend le faire, il s'agit d'agir rapidement et clairement. Dans cet esprit, une ratification rapide de la Convention paraît souhaitable.

Somme toute, cette dynamique ne pourrait qu'être profitable à l'économie suisse dans son ensemble, tant pour les employés que pour les employeurs. Elle favoriserait en outre l'émergence et/ou le développement du savoir-faire économique et juridique lié à la pratique du trust.

II. Examen des points particuliers

Le projet soumis prévoit plusieurs opérations touchant l'ordre juridique suisse.

1. Il propose la ratification de la Convention de la Haye citée en exergue.
2. Il induit des adaptations du droit international privé (LDIP), notamment avec l'adjonction d'un chapitre nouveau consacré au trust.
3. Enfin, conséquence logique des deux mesures précitées, le projet soumis contient des modifications du droit de la poursuite pour dettes et faillite (LP).

Ces trois directions sont commentées ci-après et font l'objet d'une appréciation.

⁴ Cf. Rapport explicatif, p. 21 : « En effet, tant les parties impliquées que les autorités concernées (...) ont intérêt à ce que l'on puisse déterminer le plus sûrement possible les dispositions juridiques auxquelles un trust est soumis dans le cas d'espèce.

⁵ Cf. Rapport explicatif, p. 27 : « La ratification [de la Convention] a pour seule conséquence d'asseoir le trust sur des bases juridiques plus solides, ce qui, en définitive, ne peut être que profitable à la lutte contre le blanchiment d'argent. ». L'autorité suisse de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent est favorable à la ratification de la Convention.

⁶ Cf. Serge Dunand, Voyage au cœur des trusts. Techniques d'approche du trust en audit, Expert-comptable suisse 2000 pp. 979-982, p. 979.

⁷ Cf. Myret Zaki, Face à Londres, la Suisse se positionne comme place « propre » pour les trusts, Le Temps, 22 novembre 2004, p. 15. En effet, en droit applicable en Grande Bretagne, l'anonymat des ayants droit économiques des trusts est en principe préservé. Ce qui n'est pas le cas en Suisse avec la LBA, où la transparence est plus poussée. Cf. Rapport explicatif, p. 27



1. Ratification de la Convention

La Convention est un instrument international, issu d'une Conférence en 1985 où des scientifiques suisses étaient présents et actifs. Ce texte représente un outil bienvenu pour favoriser la reconnaissance des trusts, et ce par-delà les frontières⁸.

La FER approuve la proposition faite de ratifier la Convention.

2. Adaptations de la LDIP

Ces adaptations découlent de la ratification projetée de la Convention. La réglementation proposée se base sur les résultats de la pré-consultation informelle, où les milieux économiques et académiques ont déjà eu l'occasion de faire connaître leurs appréciations et propositions d'amélioration⁹.

La FER approuve également cette direction.

3. Modification de la LP

Cette modification a pour principal but de respecter le principe prévu par le droit sur les trusts, qui veut que le patrimoine du trust soit clairement séparé de celui du trustee, qui intervient à titre fiduciaire.

Cette modification s'intègre logiquement dans le système mis en place. La FER y est donc favorable.

III. Conclusion

En résumé, la FER approuve les trois directions prises par le projet soumis. Elle salue le travail effectué par les juristes en charge du dossier.

Vu l'importance économique et la pression concurrentielle sur les places financières européennes, d'abord entre elles et, ensuite, vis-à-vis des places offshore, il est impératif que la ratification de la Convention intervienne sans retard.

Une ratification rapide sera une contribution à la création d'emplois, même si elle devrait être limitée. Une telle ratification contribuerait également à la consolidation de plus-value en termes financiers et en savoir-faire que cherche la Suisse, notamment dans un tel domaine.

A l'heure actuelle, une telle opportunité ne doit pas être négligée.

Veillez agréer, Mesdames, Messieurs, nos salutations distinguées.

Un secrétaire

Fernand Chappuis

Le secrétaire général

Michel Barde

⁸ Cf. Rapport explicatif, p. 1.

⁹ Cf. Rapport explicatif, p. 30, chiffre 1.6.



CENTRE PATRONAL

Route du Lac 2
1094 Paudex

Case postale 1215
1001 Lausanne

Tél. 021 796 33 00
Fax 021 796 33 11
info@centrepatronal.ch
www.centrepatronal.ch

CCP 10-13744-9
TVA/MWSt 270 039

Monbijoustrasse 14
Postfach 5236
3001 Bern
Tel. 0313 909 909
Fax 0313 909 903
cpbern@centrepatronal.ch

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

Paudex, le 20 janvier 2005
STA/mer

Arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

Procédure de consultation

Madame, Monsieur,

Nous avons pris connaissance avec intérêt de l'objet cité en marge et nous permettons de vous faire part de notre position, après consultation de certains de nos membres particulièrement concernés par ces questions.

L'unanimité dans les avis exprimés est rarement acquise; toutefois, force est de constater que, s'agissant de l'avant-projet de ratification par la Suisse de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, nos membres s'expriment d'une seule voix en faveur de ce projet.

En effet, on ne peut qu'accueillir favorablement ce projet de ratification qui aura pour effet principal d'asseoir la position de la Suisse en tant que place financière internationale habituée aux trusts puisque la reconnaissance des trusts étrangers dans notre pays ne dépendra plus d'une conversion hasardeuse de cette institution en droit suisse; la sécurité du droit en sera dès lors fortement renforcée.

Il faut mentionner que, lors de la consultation informelle préalable qui a été organisée au cours de l'hiver 2003-2004, les milieux bancaires et fiduciaires concernés avaient déjà eu l'occasion d'émettre plusieurs critiques sur le fond et la forme qui ont presque toutes été retenues par le Département au moment de l'élaboration du présent projet. En conséquence, le projet tel que présenté est satisfaisant, à l'exception d'un point particulier soulevé par quelques membres consultés, dont nous partageons entièrement l'avis.

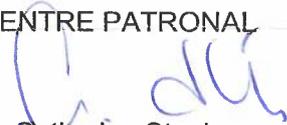
En effet, il nous semble dangereux et peu conforme à la sécurité juridique qu'une action visant la validité du trust, par exemple, puisse être introduite au domicile d'un des bénéficiaires. C'est la teneur de l'article 149a al. 2 let. a (nouveau) LDIP qui prévoit cette possibilité puisque l'action pourra être intentée au lieu du domicile ou de résidence du "défendeur" et non pas du "trustee". Ainsi, pour éviter que des actions aboutissent à des situations qui diffèrent totalement d'un bénéficiaire à l'autre en fonction de leur lieu de résidence, nous recommandons de remplacer le terme "défendeur" par celui de "trustee".

Nous notons également que l'option choisie qui consiste en l'introduction dans notre loi sur le droit international privé (LDIP) de dispositions relatives au trust et en la modification d'articles de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) en lieu et place d'une loi spéciale, comme c'est le cas dans plusieurs pays, est également unanimement reconnue et appréciée.

Nous terminerons en indiquant qu'il est fortement souhaité que les règles fiscales relatives au trust et à l'assujettissement des bénéficiaires soient harmonisées, de même qu'il est certain qu'un statut fiscal conciliant pour les avoirs du trust administrés par le trustee serait bénéfique pour l'attractivité de notre pays.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de nos sentiments distingués.

CENTRE PATRONAL



Catherine Staub



MAY

Swiss-American Chamber of Commerce

Talacker 41, 8001 Zurich, Switzerland Phone: +41 43 443 72 00 Fax: +41 43 497 22 70
www.amcham.ch e-mail: info@amcham.ch

Cantonal Tax Administration Zug
Mr Wissen
Bahnhofstrasse 26
P.O. Box
6301 Zug

Bundesamt für Justiz



240. V

21 February 2005

Dear Mr Wissen

The Swiss-American Chamber of Commerce Tax Chapter Board has been monitoring, with interest, developments in Switzerland relating to trusts, and the possibility of Switzerland becoming a signatory to the Hague Convention on Trusts and Their Recognition.

By way of this letter, we wish to indicate our support for the comments prepared by the working group assembled by the SSK, a copy of which comments are attached by way of reference. To us, the interests of our members and of the Swiss business community are best met through clarity on the non-taxability of trusts, no matter what the connection to Switzerland, as this would clarify that trusts administered in whole or in part in Switzerland would in principle not suffer taxation to the extent the settlor and beneficiaries are all non-residents of Switzerland. Where there are Swiss individuals or companies that have a beneficial interest in a trust, or where a Swiss resident individual or company is the settlor of a trust, we do understand that there may be Swiss tax consequences, depending on the circumstances of the structure involved.

We have copied this letter to Mr Koller of the Federal Justice Department as we wish to also express our general support for the notion of Switzerland ratifying the Hague Convention, and for steps being taken to introduce amendments to Swiss law designed to both eliminate areas of uncertainty and encourage the use of Switzerland as a global center of trust administration.

We would be happy to provide assistance on issues of relevance to your working group, and to supplement our comments if this would be of use to you.

Sincerely yours,

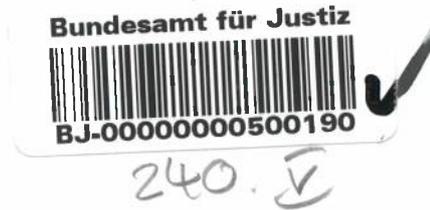
Heini Ruediseuhli, Chairman
Tax Chapter Board Swiss American Chamber of Commerce

cc: Federal Office of Justice, Prof. Dr. Heinrich Koller, Director,
Bundeshaus West, 3003 Berne



NAH

Prof. Dr. Heinrich Koller
Direktor des Bundesamts für Justiz
Bundesamt für Justiz
3003 Bern



Ratification of the Hague Convention by Switzerland

Dear Professor Koller,

I am very pleased to see from the draft bill sent for public consultation, that the preparations of your department regarding the ratification of the Hague Convention are well advanced. I am convinced that the ratification of the Convention will not only provide more legal certainty in connection with advising clients, but it will also send a signal to the international community and help to strengthen Switzerland's financial market in the face of increasing competition.

With regard to the draft bill I take the liberty to draw your attention to one issue which I feel is problematic. Subsection 3 of the proposed new art. 149b of the Swiss Code on International Private Law provides that an election of a foreign trust law is only permissible for domestic structures if these structures have an additional foreign link. In our view, this requirement is regression compared to the present situation. In day-to-day practice this provision will give rise to considerable uncertainty as its wording does not give any indication as to what the relevant international connection is to be and at what point in time such connection must exist. There are indeed cases where a trust structure may also be appropriate for Swiss families. On the other hand, clients are in my experience very rational and will not incur costs for a trust structure without having convincing reasons to do so. Therefore, I believe it would be appropriate to abandon the restriction imposed by the contemplated article 149b subsection 3 and to rely on the generally available remedies based on the fact that there is no provision of law in an individual case.

In order to improve market conditions in Switzerland, it will be necessary to get clarification on a number of open questions regarding the taxation of trusts and trustees, in addition to ratifying the Hague Convention. I hope that the political momentum that may ensue in connection with the ratification of the Hague Convention can be used to find solutions on the tax side and thus to obtain more legal certainty in this field as well. Please do not hesitate to contact me if you or your staff members should have any questions regarding the present practice in the

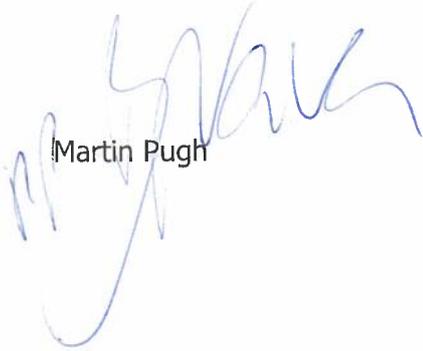
Bachmann Trust Company SA

5 Place de la Fusterie Case Postale 3023 1211 Genève 3 Switzerland

Tel: +41 22 702 97 60 Fax: +41 22 702 97 69 Email: switzerland@bachmanngroup.com Web: www.bachmanngroup.com

fiduciary field or if there is any other manner in which I can support the ratification process in any way.

Yours sincerely



Martin Pugh

→ Nachles (IPR)

Prof. Hanspeter Dietzi
Titularprofessor für Privatrecht
Universität Basel

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000502360

nm

240.V

31. Januar 2005

Schweizerisches Trustrecht

Sehr geehrte Damen und Herren

Wie dies der Direktor des Bundesamtes für Justiz gewünscht hat, nehme ich nachfolgend zum Vorwurf und Bericht vom 16.9.05 für einen Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trust anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung Stellung. Ich konzentriere mich nachfolgend auf eine Auswahl von Aspekten, die mir besonders wichtig erscheinen, um diese näher zu beleuchten.

1. Grundsätzliches

Ich beurteile die Vorschläge des Bundesamtes für Justiz als sehr **gut gelungene und überzeugende Lösung**, welche sich nicht auf die Ratifikation des Haager Übereinkommens beschränkt, sondern vorschlägt, unterstützend gezielt Änderungen im schweizerischen Recht, die für die Umsetzung der Anerkennung angelsächsischer trusts notwendig sind, vorzunehmen. Da der trust unserem Recht unbekannt ist, braucht es solche nationalen Vorschriften, um die für die Anerkennung und Verwaltung von trusts in der Schweiz nötige Rechtssicherheit zu schaffen.

Ich bin zuversichtlich, dass mit der Realisierung dieses Pakets von der Schweiz aus verwaltete trusts attraktiv werden und dadurch die Angebotspalette der schweizerischen Finanzintermediäre um eine wichtige Dienstleistung erweitert wird, was dem Finanzplatz Schweiz zusätzliche interessante Geschäftsmöglichkeiten und Einnahmequellen erschliesst.

2. Zu den einzelnen Bestimmungen

2.1. IPRG

2.1.1. Art. 149b

Umstritten ist die Frage, ob sog. **Binnentrusts**, die keine massgebliche Berührungspunkte zum gewählten Recht aufweisen, - im Extremfall erschöpft sich der Bezug auf die Rechtswahl - von der Schweiz anerkannt werden sollen. **Ich ziehe eine Lösung nach Absatz 2 vor**, welche die Anerkennung von Binnentrust grundsätzlich vorsieht. Dies hindert ein schweizerisches Gericht nicht daran, einen Binnentrust im Einzelfall gestützt auf das Prinzip der *fraus legis* oder des *ordre public* die Anerkennung zu verweigern. Ein anderer Ansatz wäre der in Klammern als Alternative aufgeführte Absatz 3.

Es geht der UBS AG - und nur für diese kann ich sprechen - nicht darum, nach Inkrafttreten dieser Vorlage Schweizern in der Schweiz trusts zu empfehlen und zu verkaufen. Im Visier der UBS sind nicht Schweizer Kunden sondern die ausländische Kundschaft. Das schweizerische Recht sollte es erlauben, Kunden mit Wohnsitz im Ausland trusts anzubieten unabhängig davon, ob deren Wohnsitzrecht den trust kennt oder nicht (Beispiele: In Frankreich wohnhafter Franzose, in Italien niedergelassener Engländer, aber auch in den USA wohnender Schweizer). Ebenso sollte es möglich sein, dass ein in die Schweiz zugezogener Ausländer, dessen Heimatstaat den trust kennt, einen trust errichten oder beibehalten kann und dieser durch die Schweiz anerkannt wird. **Unabhängig davon, ob die Lösung von Absatz 2 oder von Absatz 3 gewählt wird, sollte in der Botschaft klar gestellt werden, welche Bezugspunkte die Annahme eines Binnentrust ausschliessen. Darunter sollten m.E. fallen (Wohn-)Sitz/Nationalität des settlor, Wohnsitz des trustee, Wohnsitz/Nationalität von Begünstigten und die Lage von Trustvermögen.** Nur so kann vermieden werden, dass schweizerische Gerichte trusts die Anerkennung verweigern, weil sie viel zu rasch von einem aus ihrer Sicht missbräuchlichen Binnentrust ausgehen. Um die nötige Rechtssicherheit zu schaffen, sollte die Botschaft die Meinung des Gesetzgebers zu dieser Frage klar zum Ausdruck bringen und der Gerichtspraxis damit Auslegungskriterien in die Hand geben.

2.1.2. Art. 149c

Es erscheint mir äusserst wichtig, dass der Entwurf davon absieht, aus Publizitätsgründen zu verlangen, dass Trustgut in ein **Register** einzutragen ist. Dieses Erfordernis hätte wohl derart abschreckend gewirkt, dass das von diesem Projekt verfolgte Ziel, den Standort Schweiz für die Verwaltung von trusts attraktiv zu machen, vereitelt worden wäre.

Die vorgesehene Regelung schützt das Trustvermögen und die daraus Begünstigten mehr, als dies z.B. nach englischem Recht der Fall ist. Dieses schützt den **gutgläubigen Erwerber**, der veruntreutes Trustgut gegen Entgelt erwirbt, in seinem Erwerb. Die aus dem trust Begünstigten können Trustgut nur dann vom Besitzer herausverlangen, wenn dieser es bösgläubig oder unentgeltlich erworben hat. Wurde das erworbene Trustgut verbraucht, so kann ein Anspruch gegen den Erwerber nur erhoben werden, wenn dieser arglistig gehandelt hat. Nachdem die Vorlage lediglich die Anerkennung und Verwaltung ausländischer trusts in der Schweiz sicherstellen, nicht aber den trust ins schweizerische Recht rezipieren will, sollte die Vorlage in dieser Frage nicht eigenes Recht schaffen, sondern der englischen Regelung folgen.

2.2. SchKG

2.3.1. Die **Haftung des trustee** wird im Entwurf weniger streng geregelt, als dies im angelsächsischen Recht der Fall ist. Nachdem es - wie bereits oben erwähnt- nicht darum geht, den trust im schweizerischen Recht materiell zu regeln, erscheint mir dies fragwürdig. **Ich bin der Meinung, dass die Vorlage auch in diesem Punkt dem angelsächsischen Recht folgen sollte.** Danach müsste der trustee für seine Handlungen mit seinem gesamten persönlichen Vermögen haften; er kann dies nur vermeiden, wenn er dafür sorgt, dass in der Trusturkunde die Haftung auf das Trustvermögen beschränkt wird.

2.2.2. Der Entwurf sieht vor, trusts der **Konkursbetreuung** zu unterstellen. Ich habe mich eingehend mit der Zwangsvollstreckung in Trustvermögen befasst und dabei einen spezialisierten und erfahrenen angelsächsischen trust officer, der sowohl mit den rechtlichen als auch den faktischen Verhältnissen von trusts im einzelnen vertraut ist, konsultiert. Dabei sind mir grosse Zweifel gekommen, ob die vorgesehene Regelung, Betreibungen in Trustvermögen dem Konkursrecht zu unterstellen, überzeugend ist.

Wie im Entwurf zu Recht festgehalten wird, handelt es sich beim trust nicht um eine juristische Person, sondern um einen Vertrag, der dazu führt, dass Trustvermögen von einem trustee als Rechtsträger zugunsten von Begünstigten gehalten wird und entsprechend der Trusturkunde verwaltet und verwendet werden muss. Bei dieser Ausgangslage überzeugt es m.E. nicht, wenn man den trust wie eine selbständige juristische Person behandelt und der Konkursbetreibung unterstellt. Werfen wir einen Blick auf das englische Recht, so stellen wir fest, dass dieses keine speziellen Vorschriften über die Insolvenz und die Betreuung im Zusammenhang mit trusts kennt. Dies hat nach den Aussagen des von mir konsultierten trust officer in der Praxis bisher zu keinen Schwierigkeiten geführt. Will ein Begünstigter oder ein Gläubiger eine Forderung aus einem trust geltend machen, so hat er den trustee einzuklagen. Es ist dann Sache des zuständigen Richters, die nötigen Massnahmen anzuordnen bis hin zur Liquidation des trust. Nachdem wir - wie bereits mehrfach erwähnt - kein schweizerisches Trustrecht schaffen wollen, sollten wir auch in dieser Frage keine vom ängel-sächsischen Recht abweichende Regelung vorsehen. Ich empfehle deshalb dringend, kritisch zu überprüfen - u.U. durch Konsultation von angelsächsischen Experten - ob Art. 284a Abs. 2 und 3 SchKG (neu) nicht zu streichen wären. Ich bin dieser Meinung.

2.3. Steuern

Ohne **kompetitive und klare Regelung der Steuerfolgen** besteht ein hohes Risiko, dass das vorliegende Projekt tot Buchstabe bleibt. Werden trusts durch die Schweiz steuerlich ungünstiger behandelt als in konkurrierenden Finanzplätzen, wird es der Schweiz nicht gelingen, Trustgeschäft anzuziehen. Der schweizerische Fiskus muss deshalb auf die Besteuerung von Trustgut verzichten. Gelingt es, mit der Realisierung dieser Vorlage (inkl. einer kompetitiven Regelung der Steuerfragen) in erheblichem Umfang Trustgeschäft in die Schweiz zu bringen, so wird die schweizerische Wirtschaft und indirekt auch der Fiskus davon profitieren. Bleiben die Steuerfolgen unklar oder fallen sie gar ungünstig aus, wird das Trustgeschäft den schweizerischen Finanzplatz meiden, so dass für die schweizerische Wirtschaft und den Fiskus nichts abfällt.

2.4. Bewilligungspflicht

Ich erachte es als ausserordentlich wichtig, dass die Schweiz mit diesem Projekt ausschliesslich **seriöses Trustgeschäft** zum Vorteil unseres Finanzplatzes anzieht, und zwar sowohl in Bezug auf die als Trustees wirkenden Personen wie auch in Bezug auf die an solchen trusts Beteiligten (settlor, beneficiaries) mit Einschluss von deren Vermögenswerten. Wir müssen sicherstellen, dass nicht spekulative Personen den trust in der Schweiz für unsaubere Machenschaften missbrauchen oder unqualifizierte trustees durch unprofessionelles Vorgehen grosse Schäden verursachen. **Deshalb sollte für das Anbieten von Trustdienstleistungen eine Betriebsbewilligung vorgeschrieben werden**, welche an die Bedingungen eines angemessenen Eigenkapitals, der Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung und der nötigen Expertise für die anspruchsvolle Funktion eines trustee zu knüpfen wären.

Mit freundlichen Grüssen



Prof. Dr. Hanspeter Dietzi

Dr. iur. Peter Max Gutzwiler
Rechtsanwalt

Bundesamt für Justiz



MAS

240.V

Sonnenrain 15
8700 Näsnacht

Bundesamt für Justiz
Herrn Prof. Dr. H. Koller
Bundeshaus West
3003 Bern

17. Januar 2005

Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens

Sehr geehrter Herr Professor Koller

Ihrer freundlichen Einladung, den Entwurf vom 20. Oktober 2004 zu kommentieren, komme ich gerne nach, umso mehr, als ich einleitend feststellen darf, dass der überarbeitete Entwurf sehr viel realitäts-näher und auch dank seiner Kürze insgesamt wesentlich besser gelungen ist. Aus manchen Gesprächen mit Fach-Kollegen weiss ich, dass der Entwurf insgesamt Zustimmung erfährt, und man allgemein annimmt, dessen Annahme im Parlament sei nunmehr gesichert.

Zu drei Themen möchte ich aber dennoch in Kürze Stellung nehmen:

1. Der „Sitz“ des Trust (Art. 149a Abs.2 lit.b.; Art. 149d Abs.1 lit.c.)

Ich bin nach wie vor überzeugt, dass man nicht im Sinne des Lugano Übereinkommens (Art. 5 Ziff. 6) vom „Sitz“ des Trust sprechen sollte, sondern allenfalls vom „Ort der Verwaltung“ oder (falls ein solcher nicht ausdrücklich bestimmt ist) vom Sitz resp. Wohnsitz des Trustees. Den Sitz des Trust gibt es nach angelsächsischer Auffassung nicht; die Verwendung dieses Begriffes wird zu unnötigen Diskussionen und Unsicherheiten führen.

2. Rechtswahl (Art. 149b Abs.3)

- (a) Sorge bereitet mir der Alternativvorschlag in Art.149b Abs.3. Er klingt im weitesten Sinne an die unselige – eigentlich nur von Theoretikern des IPR geführte – Diskussion über die sog. <rechtsmissbräuchliche Rechtswahl> an.

- (b) *Grundsätzlich:* Wenn das Gesetz schon eine Rechtswahlmöglichkeit anerkennt, weil ein Sachverhalt nicht von Überlegungen des überragenden öffentlichen Interesses (?) resp. des Schutzes der schwächeren Partei (?) oder ähnlicher Prioritäten geprägt ist, sollte es sich hüten, in diese Rechtswahl wieder einzugreifen. Solche „Korrektive“ sind meist der Ausdruck einer gewissen Unsicherheit, darüber, ob man die gerade zugestandene Parteiautonomie tatsächlich gewähren sollte: Angst vor dem eigenen Mut. Ich bin in meiner praktischen Tätigkeit noch nie einer Rechtswahl begegnet, die nicht Sinn machte.

Aus gutem Grund stellt Art. 15 Abs.2 IPRG deshalb die Rechtswahl vor den objektiv engeren Zusammenhang.

Es wäre auch unsachlich, zu argumentieren, der Fehlen eines „weiteren Auslandsbezugs“ sei der Beweis dafür, dass gar kein internationaler Sachverhalt vorliege. Die Haager Konvention verlangt keinen solchen „internationalen Sachverhalt“, und das IPRG selbst lässt die Definition aus gutem Grunde offen; sich eines ausländischen Rechtsinstituts zu bedienen, das im schweizerischen Recht nicht bekannt ist, muss aber ein ausreichender Grund sein. Es wird zu Recht nicht bestritten, dass auch ein Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz eine liechtensteinische Anstalt errichten kann.

- (c) *Rechtssicherheit:* Die richterliche Prüfung der in der Trusturkunde getroffenen Rechtswahl wird in vielen Fällen erst manche Jahre nach der Errichtung des Trust, oft sogar erst nach dem Todes des Settlors erfolgen. Wenn dann die Rechtswahl als „unbeachtlich“ erklärt würde, ergäbe sich ein beispielloses Chaos z.B. hinsichtlich der Gültigkeit aller vom Trustee seit der Errichtung in gutem Glauben vorgenommenen Handlungen. Nachdem der Entwurf zu Recht in sehr pragmatischem Sinne auf die Anwendung von Art. 13 der Konvention verzichtet, darf der Rechtsunsicherheit nicht wieder über die Alternative in Abs.3 Einlass gewährt werden.
- (d) *Semantik:* Zudem ist die Bestimmung semantisch unglücklich. Dass die Rechtswahl stets auf ein „ausländisches“ Recht fallen muss, ist aus schweizerischer Sicht klar, also tautologisch. Der Richter könnte aber bei der Auslegung versucht sein, den Begriff des „ausländischen“ Rechtes auf den Settlor zu beziehen; aber bezieht sich das Wort dann auf dessen Wohnsitz oder Nationalität? Dieselbe Auslegungsschwierigkeit besteht beim Begriff „Auslandsbezug“.

Auch ist zu beachten, dass sich die sachlichen Gegebenheiten im Verlauf der Zeit ändern mögen: Der Settlor verlegt seinen Wohnsitz aus der Schweiz ins Ausland oder umgekehrt; die Aktiven des Trust, zunächst mehrheitlich im Ausland investiert, werden in die Schweiz verschoben, oder umgekehrt. Welcher Zeitpunkt sollte dann relevant sein?

- (e) *In concreto:* Abs.3 würde es verunmöglichen, dass ein in der Schweiz wohnhafter Engländer, der durch Wahl des englischen Heimatrechtes gemäss Art. 90 Abs.2 IPRG unbestrittenermassen die schweizerisch-rechtlichen Pflichtteilsbestimmungen ausschliessen kann, mit einem in der Schweiz domizilierten Trustee einen dem englischen Recht unterstehenden Trust hinsichtlich seines in der Schweiz gelegenen Nachlasses errichten könnte. Für einen solchen Ausschluss besteht kein Anlass.

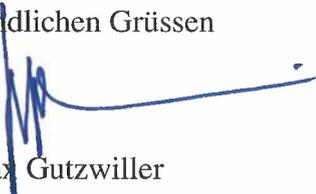
- (f) „Umgehung“: Blicke Abs. 3 stehen, müssten sich die Praktiker darauf kaprizieren, den „Auslandsbezug“ zu finden und in der Urkunde namhaft zu machen.

Ich bitte dringend um den Verzicht auf die Alternative in Abs.3.

3. Eintrag im Register (Art.149c Abs.1)

Im Gegensatz zu Abs.2, der klar Bezug nimmt auf „in der Schweiz registrierte“Aktiven, fehlt diese Präzisierung in Abs.1. Ich halte sie aber für dringend erforderlich; denn es besteht doch wohl kaum die Meinung, der gutgläubige Bishkander müsse sich das bermudische Trustverhältnis nicht entgegen halten lassen bezüglich eines in Bishkand gelegenen Grundstücks, das dort nicht im Grundbuch eingetragen ist, das es in Bishkand nicht gibt.

Mit freundlichen Grüßen



Peter Max Gutzwiller

Asia
Pacific
Bangkok
Beijing
Hanoi
Ho Chi Minh City
Hong Kong
Jakarta
Kuala Lumpur
Manila
Melbourne
Shanghai
Singapore
Sydney
Taipei
Tokyo

Europe & Middle East
Almaty
Amsterdam
Antwerp
Bahrain
Baku
Barcelona
Berlin
Bologna
Brussels
Budapest
Cairo
Düsseldorf
Frankfurt / Main
Geneva
Kyiv
London
Madrid
Milan
Moscow
Munich
Paris
Prague
Riyadh
Rome
St. Petersburg
Stockholm
Vienna
Warsaw
Zurich

North & South America
Bogota
Brasilia
Buenos Aires
Calgary
Caracas
Chicago
Dallas
Guadalajara
Houston
Juarez
Mexico City
Miami
Monterrey
New York
Palo Alto
Porto Alegre
Rio de Janeiro
San Diego
San Francisco
Santiago
Sao Paulo
Tijuana
Toronto
Valencia
Washington, DC

DREIFACH
An das
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Richard Gassmann
Philip Marcovici
Stephanie Jarrett
Robert Danon

Zürich, 28. Januar 2005 RG/wyd

Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anwendbare Recht und über ihre Anerkennung

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihre Einladung zur Stellungnahme zum oben genannten Gesetzgebungsvorhaben und erlauben uns dementsprechend die folgenden Bemerkungen:

1. Zweckmässigkeit der Ratifikation des Haager Übereinkommens

Als im Bereich des Private Banking tätige Anwälte sind wir der Auffassung, dass gegenwärtig im Zusammenhang mit der Behandlung ausländischer Trusts in verschiedenen Bereichen (auf der rechtlichen Ebene namentlich im Zusammenhang mit der Aussonderung von Trustvermögen bei schweizerischer Zwangsvollstreckung gegen den Trustee, mit der Anerkennung des *right to trace* sowie mit der Frage der erforderlichen Auslandbeziehung, und daneben vor allem im Bereich Besteuerung

Zürich

Urs Schenker
Franz Schenker
Philip Marcovici*
Martin Frey
Markus Berni
Michael Treis
Markus Affentranger
Hans-Andrée Koch*
Urs Zenhäusern
Peter Reinert
Joachim Frick
Kilian Perroulaz
Marcel Giger
Thomas A. O'Donnell*
Richard Gassmann
Martin Furrer

Lukas Glanzmann
Philippe Reich
Marnin J. Michaels*
Frano Koslar
Beat Mathys
Florian Bommer
Nicolas Passadelis
Alois Rimie
Matthias Courvoisier
Christian Drechsler
Davide Jermini
Monika Dietrich*
Alexander Wyss
Paul Bürgi
Suzanne Merz
David Hirsberg*
Theodor Härtsch

Mario Kumschick
Stefan Kessler
Mark Livschitz
Stefan Sulzer
Kenny Foo*
Angela Durrer
Peter A. Cotorceanu*
Thomas Schönholzer
Anne-Catherine Hahn
Albert Comboeuf
Alexander Fischer
Romina Carcagni
Jeffrey A. Morse*

Prof. Vito Roberto, Konsulent
Max Wehrli, Konsulent

Genève

Alain Stehlé
Denis Berdoz
Daniel Peregrina
Martin Anderson
Philippe Preti
Adrian Moore*
Per Prod'hom
Stephanie Jarrett*
Frédéric Bétrisey
Serge Pannatier
Robert Danon*
Rashid Bahar
Nathalie Siero
Rodolphe Gautier
Benjamin Humm
Alexandra Storckmeijer*

Marie-E. Vaillancourt*

Prof. Thomas Cottier*, conseil
Alfons Noll*, conseil

Genève

Chemin des Vergers 4
CH-1208 Genève
Tel: +41 22 707 98 00
Fax: +41 22 707 98 01

von inländischem Trustvermögen) erhebliche Rechtsunsicherheit besteht. Diese Rechtsunsicherheit sollte, wo immer möglich, beseitigt werden, da sie unseres Erachtens einen kompetitiven Nachteil für den Finanzplatz Schweiz gegenüber der aufstrebenden Konkurrenz in Europa und Asien darstellt. Da die Ratifikation des Haager Übereinkommens durch die Schweiz, kombiniert mit der vorgeschlagenen moderaten Anpassung des schweizerischen Rechts, hier zumindest im rechtlichen Bereich eine klare Verbesserung bringt, begrüßen wir die vorgeschlagene Gesetzesinitiative sehr. Darüber hinaus sind wir überzeugt, dass die Ratifikation des Haager Übereinkommens generell eine positive Signalwirkung über die Grenzen der Schweiz hinaus zeitigt. Dies gilt nicht nur für die steigende Zahl der rein kommerziellen Trusts, sondern insbesondere auch für die für den Finanzplatz attraktiven so genannten *high net worth individuals*, für welche heute gemäss unserer Erfahrung ein durch Rechtssicherheit geprägtes Umfeld einen höheren Stellenwert hat als reine Verschwiegenheit.

2. Zurückhaltung bei der Anpassung des materiellen schweizerischen Rechts

Wir befürworten und unterstützen die im Gesetzesentwurf zum Ausdruck gebrachte Haltung, wonach im Zuge des Ratifikationsprozesses nur die minimalen, absolut erforderlichen Anpassungen im materiellen schweizerischen Recht vorgenommen werden sollen. Aus unserer Sicht ist es deshalb insbesondere richtig, auf die ursprünglich im Raum stehende Schaffung eines eigenen schweizerischen Trustrechts zu verzichten und auch die im ersten Gesetzesentwurf noch enthaltene Idee der Schaffung eines schweizerischen Fahrnisregisters fallen zu lassen.

Um das Ziel der Erhöhung der Rechtssicherheit zu erreichen, ist aus unserer Sicht aber sicherzustellen, dass die vorgesehenen Änderungen die wichtigsten durch das Haager Übereinkommen selbst offen gelassenen Punkte regeln. Mit Ausnahme des neu vorgeschlagenen Art. 149b Abs. 3 eIPRG sind wir grundsätzlich der Meinung, dass die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen diesen Zweck erfüllen.

Wir sind uns bewusst, dass die Rechtssicherheit durch eine viel umfassendere Regelung von Einzelaspekten der Anerkennung eines Trusts in der Schweiz noch etwas erhöht werden könnte. Da dies aber gleichzeitig zu einer erheblichen Verzögerung des gesamten Gesetzesvorhabens führen könnte, sind wir der Meinung, dass die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen, wo zwingend erforderlich, nur punktuell abgeändert bzw. ergänzt werden sollen. Solange die Grundlinien im Haager Übereinkommen bzw. in den geänderten Bestimmungen des materiellen schweizerischen Rechts vorgegeben sind, können Detailfragen allenfalls im Rahmen einer Lückenfüllung durch die Gerichte erfolgen.

Angesichts dieser Einschätzung beschränken wir uns im Folgenden darauf, zu zwei Bestimmungen Stellung zu nehmen, welche aus unserer Sicht einer Änderung bedürfen.

a) Art. 149b Abs. 3 eIPRG

Der als Variante im Entwurf vorgesehene Abs. 3 von Art. 149b eIPRG sieht vor, dass die Wahl des Trustrechts unbeachtlich und damit die Anerkennung des Trust im Ergebnis unzulässig ist, wenn ausser der Wahl des Trustrechts kein anderer Auslandsbezug besteht. Nach unserer Auffassung ist dieser Absatz unzweckmässig und ersatzlos zu streichen.

Zweck dieser Bestimmung ist es offenbar, Missbräuche bei reinen Binnensachverhalten zu verhindern. Unseres Erachtens kann entsprechenden Missbrauchsfällen aber auch ohne eine entsprechende Bestimmung zunächst durch Anwendung allfälliger Missbrauchsbestimmungen im gewählten Trustrecht und auf einer zweiten Stufe durch eine allfällige Anwendung schweizerischer *ordre-public*-Bestimmungen genügen Rechnung getragen werden.

In seiner offenen Formulierung, welche weder Hinweise auf die Art des erforderlichen Binnenbezugs noch auf den Zeitpunkt, in welchem der Binnenbezug bestehen muss, gibt, ist Abs. 3 dem Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit abträglich. Ist der Auslandsbezug, wie im erläuternden Begleitbericht angedeutet, liberal zu handhaben und ist gleichzeitig davon auszugehen, dass ein einmal mit ausreichendem Binnenbezug errichteter Trust später gültig bleibt, können die Voraussetzungen für die Anerkennung eines an sich reinen Binnentrusts sehr einfach geschaffen werden, indem etwa die Vermögenswerte des Trusts zunächst für eine kurze "Schamfrist" ins Ausland verschoben werden. Auch durch die Wahl eines ausländischen Trustees könnte dem Kriterium des Auslandsbezugs offenbar Genüge getan werden. Es ist aus unserer Sicht offensichtlich, dass eine offenbar leicht zu umgehende Einschränkung wie die in Abs. 3 vorgeschlagene wenig praktischen Nutzen hat. Zudem sind die Notwendigkeit der Ernennung eines ausländischen Trustees wie auch die Notwendigkeit, das Trustvermögen zumindest für eine erste Phase im Ausland zu halten, nicht im Interesse des Finanzplatzes Schweiz.

Im Übrigen stellt die vorgeschlagene Einschränkung gemäss Abs. 3 unseres Erachtens auch einen klaren Rückschritt gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage dar. Geht man mit der herrschenden Lehre davon aus, dass Trusts heute als Quasi-Gesellschaften im Sinne von Art. 150 Abs. 2 IPRG zu qualifizieren sind, muss für diese auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung gelten, wonach das Inkorporationsstatut im Gesellschaftsrecht uneingeschränkt gilt und der *fraus-legis*-Vorbehalt keine Anwendung findet. Gerade im Lichte dieser Rechtsprechung ist für uns auch schwer nachvollziehbar, weshalb der vorgeschlagene Art. 149b Abs. 3 eIPRG bei

Trusts eine Beschränkung vorsieht, während etwa die Errichtung einer liechtensteinischen Stiftung oder einer anderen ausländischen Gesellschaft zum Zweck der Umgehung von Bestimmungen des schweizerischen Rechts grundsätzlich zulässig sein soll. Eine entsprechende Ungleichbehandlung ist aus unserer Sicht sachlich ungerechtfertigt.

b) Art. 248a Abs. 2 eSchKG

Die vorgeschlagene Unterstellung des Trusts bzw. des schweizerischen Trustvermögens unter die Konkursbetreibung ist aus unserer Sicht unzweckmässig, und wir schlagen daher vor, Art. 284a Abs. 2 eSchKG ersatzlos zu streichen. Wie bereits im erläuternden Bericht erwähnt, würde eine Unterstellung des Trustvermögens unter ein schweizerisches Konkursverfahren eine Abkehr vom Prinzip darstellen, wonach ausländische Gesellschaften und Vermögensmassen grundsätzlich nur der Einzelvollstreckung unterliegen.

Obwohl eine Konkursbetreibung im Einzelfall für gewisse Gläubiger vorteilhafter sein könnte, rechtfertigt es sich aus unserer Sicht nicht, lediglich beim Trust eine Ausnahme von einem doch bewährten Prinzip zu machen. Dies gilt umso mehr, als die Gründe, welche gegen die Unterstellung einer ausländischen Gesellschaft unter die schweizerische Konkursbetreibung sprechen, auch beim Trust ihre Gültigkeit haben. Insbesondere ist davon auszugehen, dass die ausländische Rechtsordnung, unter welcher der Trust organisiert ist, den schweizerischen Trustkonkurs nicht anerkennen würde, und dass damit unnötigerweise ein hinkendes Rechtsverhältnis entsteht.

3. Weitere flankierende Massnahmen im Zusammenhang mit Trusts

a) Verbesserung der Rechtssicherheit im Steuerbereich

Wie bereits eingangs erwähnt, gibt es auch im steuerlichen Bereich erhebliche Rechtunsicherheit bezüglich der Behandlung von in der Schweiz gelegenen Trustvermögen sowie der Behandlung von Trusts und Trustees. Wir befürworten die bereits angelaufenen Bemühungen zur Formulierung eines Kreisschreibens und allfälliger weiterer erforderlicher gesetzlicher Bestimmungen, welche auch in diesem Bereich zu der dringend erforderlichen Klärung der bestehenden Unsicherheiten führen.

b) Bewilligungspflicht für gewerbsmässige Trustees

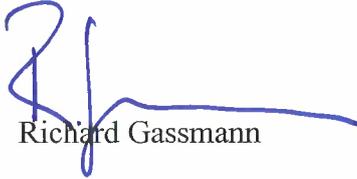
Angesichts der hohen Anforderungen, welche die Funktion des Trustees an das Fachwissen und die Integrität der entsprechenden Personen stellt, sind wir der Auf-

fassung, dass mittelfristig eine Bewilligungspflicht für in der Schweiz ansässige gewerbsmässige Trustees ins Auge gefasst werden sollte. Um die Bemühungen hinsichtlich der Ratifikation des Haager Übereinkommens nicht zu verzögern, sind wir allerdings der Auffassung, dass dieser Fragenkomplex im Rahmen der bereits in Diskussion befindlichen Revision des gesamten Finanzaufsichtsrechts zu prüfen ist.

* * * *

Wir hoffen, Ihnen mit diesen kurzen Bemerkungen gedient zu haben, und verbleiben

mit freundlichen Grüssen



Richard Gassmann



Philip Marcovici



Stephanie Jarrett



Robert Danon

DAY

**BÄR
& KARRER**

withers LLP

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000502366

240. V

Nur per Fax (+41 31 322 78 79)

Bundesamt für Justiz
Herrn Prof. Dr. Heinrich Koller
Direktor
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Zürich/London, den 31. Januar 2005

Gemeinsame Stellungnahme von Bär & Karrer und Withers LLP zur Vorlage vom 20. Oktober 2004 des EJPD für einen Bundesbeschluss und erläuternden Bericht über die Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens sowie die Einführung von Begleitvorschriften im IPRG sowie im SchKG

Sehr geehrter Herr Professor Koller

Wir nehmen Bezug auf die Vorlage des EJPD vom 20. Oktober 2004 für einen Bundesbeschluss und erläuternden Bericht über die rechtliche Behandlung des Trusts in der Schweiz.

Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung und der internationalen Stellung des schweizerischen Finanzplatzes, hat das Haager Trust-Übereinkommen Auswirkungen, die – im Wechselspiel mit den heute international dominierenden Gepflogenheiten der angelsächsischen Vermögensnachfolgeplanung – weit über die schweizerischen Landesgrenzen hinaus reichen.

Bär & Karrer
Brandschenkestrasse 90, CH-8002 Zürich
Tel. +41 (0)58 261 50 00, Fax +41 (0)58 261 50 01

12, quai de la Poste, CH-1211 Genève 11
Tel. +41 (0)58 261 57 00, Fax +41 (0)58 261 57 01

Via Vegèzzi 6, CH-6901 Lugano
Tel. +41 (0)58 261 58 00, Fax +41 (0)58 261 58 01

Sporerstrasse 8, CH-3301 Zug
Tel. +41 (0)58 261 59 00, Fax +41 (0)58 261 59 01

1 Pemberton Row, CH-London EC4A 3DG
Tel. +44 20 7583 1940, Fax +44 20 7583 1941

www.baerkarrer.ch

Withers LLP
16 Old Bailey, London EC4M 7EG
Telephone: +44 (0)20 7597 6000
Fax: +44 (0)20 7597 6543

Withers Bergman LP
New York: +1 212 848 9800
New Haven +1 203 789 1320

www.withersworldwide.com

Da sowohl die Unterzeichneten wie auch die Anwaltskanzleien Bär & Karrer und Withers LLP in verschiedenen grenzüberschreitenden Rechtsfällen einen regen Gedankenaustausch über Fragen des Trusts pflegen¹, erlauben wir uns, Ihnen eine gemeinsame Stellungnahme einzureichen. Dies im Wesentlichen auch im Hinblick darauf, dass der Gegenstand der Vernehmlassung, der Trust, insbesondere im Verhältnis zum angelsächsischen Recht von erheblicher internationaler Tragweite für die Schweiz ist.

1 Vorbemerkungen

Die Rechtsfigur des Trusts hat bereits zahlreiche Berührungspunkte mit dem schweizerischen Recht und die Existenz von (angelsächsischen) Trusts ist entweder durch die schweizerische Gesetzgebung² oder durch Staatsverträge längst anerkannt.

Die Schweiz hat zahlreiche Staatsverträge abgeschlossen – namentlich auch im Bereich des Steuerrechts³ – in welchen sie letztlich die Faktizität des anglo-amerikanischen Trusts längst anerkannt hat.

Namentlich unter Anwälten dürfte das am meisten bekannte multilaterale Abkommen das Lugano-Übereinkommen sein, das in Art. 5.3, 17.2 und 53.2 trustspezifische Fragen regelt und den Trust als selbstverständliche Rechtsfigur voraussetzt⁴. Schliesslich dürfen auch unsere zahlreichen *leges americane* nicht vergessen werden, von denen einige auf den Trust Bezug nehmen bzw. den Trust als selbstverständlich voraussetzen⁵.

Die schweizerische Rechtsprechung hat sich schon seit längerem mit Fragen zu ausländischen Trusts oder trustähnlichen Strukturen befassen müssen, das gilt sowohl für das Bundesgericht⁶ wie auch für die kantonalen Gerichte⁷. Es darf davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht heute kaum mehr die Existenz einer liechtensteinischen Stiftung oder eines ausländischen Trusts mit der Begründung ver-

¹ Ergänzend sei bemerkt, dass Withers LLP und Withers Bergman LLP mit insgesamt mehr als 200 Anwälten in London, New York, Madrid und New Haven (Connecticut) schwergewichtig im gesamten anglo-amerikanischen Raum im Bereich Trusts und Nachlassplanung tätig sind.

² Z. B. ist auf die Bestimmungen des Bundesratsbeschlusses von 1957 über die vorsorglichen Schutzmassnahmen im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Kriegsvorsorge hinzuweisen. Hier geht der Gesetzgeber nicht nur von der Existenz des Trusts aus, verweist auf ihn und anerkennt ihn, sondern vertraute auch auf diese Konstruktion in einem der wohl eher heikleren Gesetzgebungsbereiche der fünfziger Jahre. Der Bundesratsbeschluss vom 12. April 1957 betreffend vorsorgliche Schutzmassnahmen für juristische Personen, Personengesellschaften und Einzelfirmen (SR 531.54) war ein Produkt des kalten Krieges und regelte die vorübergehende Sitzverlegung von schweizerischen Gesellschaften ins Ausland im Kriegsfall. Er sah vor, juristische Personen ausdrücklich zu ermächtigen, ausländische Trusts für Krisenfälle zu errichten, vgl. NEDIM PETER VOGT, Transfer of Corporate Domicile, 14 Comparative Law Year Book of International Business (1992), S. 91 ff.

³ So z. B. Art. 22 des Doppelbesteuerungsabkommen USA – Schweiz (SR 0.672.933.61), wo die Frage geregelt wird, unter welchen Voraussetzungen ein Trust Doppelbesteuerungsabkommen in Anspruch nehmen kann.

⁴ Vgl. STEVEN V. BORTI, Trusts and the Lugano Convention – Does it Matter? And what about the Hague Trust Convention? In: NEDIM PETER VOGT, Disputes Involving Trusts, Basel/München/Saffron Walden (UK) 1999, S. 9 ff.

⁵ So z. B. Art. 4 N. 39 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSE) 98 oder Art. 4 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (GwG).

⁶ So z. B. BGE 96 II 75 ff.; 117 II 429; unveröffentlichter Entscheid in Sachen X. vs. USA (5C 169/2001).

⁷ So z. B. das Bezirksgericht Zürich in ZR 98 Nr. 52 (1999) S. 226 ff., Urteil vom 1. Februar 1994 in Sachen OD-Bank in Ltd, gegen Konkursmass des Werner K. Roy betreffend Kollektion (im Konkurs WKK); BGE 89 III 12 ff.; BGE 102 III 165 ff.; BGER I.S., Chiltern Trust Co. (Jersey) Ltd., (4C.255/1998); Semaine Judiciaire 2000 I 269.

neinen würde, es handle sich um eine dem schweizerischen Recht unbekannte oder gar verpönte Rechtsfigur⁸.

2 Internationales Umfeld

Unterzeichnung und Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens bringen uns in Einklang mit den kontinental-europäischen Staaten, die dem Haager Trust-Übereinkommen bereits beigetreten sind und die selbst alle auch Staaten des *Civil Law* sind⁹. Sodann ist von Bedeutung, dass auch England, das Trust-Land par excellence, dem Haager Trust-Übereinkommen beigetreten ist.

Die Schweiz hat sich im internationalen Konkurrenzkampf der Rechtsordnungen bisher sehr gut positioniert. Rechtssicherheit und insbesondere ein solider Fundus gesicherter Rechtsprechung stellen hierbei ganz wesentliche Faktoren dar. Das schweizerische Recht ist – insbesondere im Vergleich mit unseren Nachbarstaaten – international betrachtet ein erfolgreiches Rechtssystem, das in Rechtswahlklauseln gewählt und von internationalen Schiedsgerichten immer wieder zur Anwendung gebracht wird. Speziell unter ausländischen Vertragsparteien ist das schweizerische Recht zum *legal system to trust*¹⁰ geworden, d.h. der Rechtsordnung, zu der man auf der Suche nach einem neutralen Recht gelangt.

Das Haager Trust-Übereinkommen trägt letztlich auch der Anglizierung und Amerikanisierung des Rechts vor allem in grenzüberschreitenden Fällen Rechnung: Es befasst sich mit einem für das englische und amerikanische Recht wichtigen Institut und vermag wichtige Klarstellungen im Bezug auf die Transformation der Trustprinzipien auf die Ebene des *Civil Law* zu leisten.

3 Wirtschaftliche Bedeutung des Trusts für den Finanzplatz Schweiz

Auch in der Schweiz als einem der weltweit führenden Finanzplätze ist der Trust eine sehr häufig in Erscheinung tretende Rechtsform. Es ist deshalb von grösster Bedeutung, dass die Schweiz im Rahmen der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens mit ihren wichtigsten Konkurrenten im internationalen Vermögensverwaltungsgeschäft gleichzieht und ein im internationalen Vergleich bis in alle Einzelheiten¹¹ konkurrenzfähiges Umfeld für den Trust – als einer der wichtigsten Strukturierungsformen für die internationale Vermögensverwaltung und Nachfolgeplanung – zur Verfügung stellt.

⁸ PETER BREITSCHMID, Trust und Nachlassplanung, in: ISAAC MEIER/KURT SIEHR, "Rechtskollisionen", Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, Zürich 1995, S. 64.

⁹ Italien, Holland und Luxemburg haben ratifiziert, im Falle von Frankreich, Liechtenstein und der Schweiz steht die Ratifikation noch aus.

¹⁰ MARC BLESSING, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives, in: NEDIM PETER VOGT (Hrsg.), *Swiss Commercial Law Series*, Vol. 10, Basel 2000, N. 17.

¹¹ D.h. auch einschliesslich des sogenannten "Tracing".

4 Einzelfragen

4.1 Rechtssicherheit im internationalen Rechtsverkehr

Eine Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens wird, wie der erläuternde Begleitbericht zurecht darlegt, die Rechtssicherheit im Bereich der international mittlerweile äusserst verbreiteten Rechtsfigur des Trusts fördern. Rechtssicherheit auch im Bereich des Trusts wird in Zukunft ein wesentliches Element für die Fortführung des Erfolges des Finanzplatzes Schweiz sein.

Dies macht es allerdings aus der Sicht der Unterzeichneten unumgänglich, das

4.2 Tracing prinzipiell

zuzulassen. Die in Art. 11 (3)(d) festgeschriebene Einschränkung bzw. Begrenzung des Tracings genügt vollständig.

Die Unterzeichneten halten die prinzipiellen Ausführungen im erläuternden Begleitbericht (1.4.1.2,3 und 1.4.4.2) nicht nur für falsch, sondern auch für eine – unzulässige – Vorwegskizzierung der von den schweizerischen Gerichten in der Anwendung der Haager Konvention vorzunehmenden autonomen Auslegung der Konvention. Im Weiteren erscheint es auch als methodisch unzulässig, über den Weg des Kollisionsrechts: ein einheitliches Rechtsinstitut – ohne eine "Ordre Public-Notlage" – in (schweizerischen Berufsverbänden) genehme und nicht-genehme Bestandteile zu zerlegen.

Insbesondere die Ausführungen zu 1.4.4.2 scheinen zu verkennen, dass das Tracing ein integraler Bestandteil des Trustkonzepts ist.¹² Tracing verschafft dem (klagenden) Begünstigten die Legitimation der klageweisen Verfolgung der von ihm behaupteten Ansprüche gegenüber den vom (veruntreuenden) Trustee erwerbenden Dritten. Ob diese Ansprüche materiell durchzudringen vermögen ist eine Frage der Anwendung von Art. 11 (3)(d) (erster Satz) der Konvention und der massgeblich kollisionsrechtlichen Vorschrift (Art. 100 IPRG) in Verbindung mit dem anwendbaren materiellen Recht (Art. 11 (3)(d) (zweiter Satz)), was z. B. im Falle einer Anwendbarkeit von Art. 714/933 ZGB zu einer Abweisung des "Tracing-Anspruchs" führen kann.

Wollte man das Tracing aus rechtspolitischen Gründen ausschliessen, so hätte dies mittels eines Vorbehalts erfolgen werden sollen. Zurecht hat aber die Schweiz keinerlei Vorbehalte ausgesprochen und damit im Übrigen eben gerade den Grundsatz

¹² DAVID HAYTON, The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, in: International and Comparative Law Quarterly, Vol. 36, April 1987, p. 266: "Technically, a constructive trust may be said to arise where a beneficiary of an express trust, voluntarily created by a person and evidenced in writing, exercises the equitable remedy of tracing and traces the trust property or assets representing it into the hands of a third party, who is not a bona fide purchaser for value without notice of the trust, and who is consequently compelled to hold the assets on trust for the beneficiary. This method of recovery of trust assets by a beneficiary is specifically contemplated by Article 11, paragraph 3(d), and is a fundamental feature of the classic Anglo-American trust. The consequential (sic!) constructive trust imposed on the third party by way of enforcing an express trust obviously cannot take out of the Convention the express trust and the incidents (sic!) thereof that clearly should fall within it."

der "Einheit der Materie" auch bezüglich des Trustrechts in grenzüberschreitenden Kontext vollumfänglich anerkannt.

Tracing ist ein unmittelbar kausaler Rechtsbehelf für den Fall einer (Leistungs-) Störung bzw. eines Vertrauensbruchs im Trustverhältnis. Auch wenn das Tracing in einen sogenannten *constructive* Trust resultieren kann, so handelt es sich um einen unmittelbar mit dem (Express-)Trust verbundenen Rechtsbehelf. Dieser Rechtsbehelf ist ein ganz wichtiger Ast im Rechtsfigurgebilde des Trusts. Es besteht daher die Gefahr, dass der Ast, auf dem die schweizerischen Trustindustrie (wiederum im internationalen Vergleich der Rechtsordnungen) sitzt, unzweckmässigerweise abgeschnitten wird.

Demnach sind die entsprechenden Äusserungen (1.4.4.2) im erläuternden Begleitbericht zu relativieren. Die in der Haager Trust Konvention in Art. 11 (3)(d) gemachte Einschränkung genügt.

4.3 Vollstreckung von construction summonses/direction summonses

Sogenannte "construction summonses" (auch "direction summonses" genannt) werden bei der Regelung der Zuständigkeit sowie der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide weder im erläuternden Bericht noch im Bundesbeschluss erörtert. Es handelt sich dabei um Entscheide im nichtstreitigen Verfahren, die in der Praxis eine grosse Rolle spielen und vor allem dem Schutz der Trustees dienen. Anwendungsfälle eines solchen Verfahrens sind z.B. das Vorhandensein einer unklaren Bestimmung oder das Fehlen einer administrative Befugnis in der Trust-Urkunde. In einem solchen Fall kann sich der Trustee im angelsächsischen Raum an ein Gericht wenden, mit dem Ersuchen, es sei die Rechtslage abschliessend zu klären. Folgt der Trustee den Anweisungen des Gerichtes, so kann er später nicht wegen Trustbruchs zur Rechenschaft gezogen werden. Auch ein Schweizer Trustee muss eine solche ausländische Entscheidung nicht nur erwirken können, sondern sie muss in der Schweiz auch anerkannt werden und vollstreckbar sein. Eine unzulängliche Lösung in diesem Bezug würde schweizerische Trustees gegenüber ausländischen Trustees stark benachteiligen.

4.4 Steuerrecht

Die Ratifikation macht nur Sinn, wenn gleichzeitig auch die steuerliche Behandlung des Trusts geklärt wird. Obschon die ESTV und die Schweizerische Steuerkonferenz (SSK) eine Arbeitsgruppe bereits eingesetzt haben, die sich mit diesem Thema befassen soll, besteht die Gefahr, dass die Analyse des Trusts als "Quasi-Gesellschaft" im erläuternden Bericht eine negative präjudizielle Wirkung auf die steuerrechtliche Analyse des Trusts haben wird.

Im Rahmen der Ratifikation der Haager Trust-Konvention muss auch unbedingt darauf geachtet werden, dass der Trust aus der Sicht des schweizerischen IPRG aus dem kollisionsrechtlichen Umfeld der Quasi-Gesellschaft herausgelöst wird.

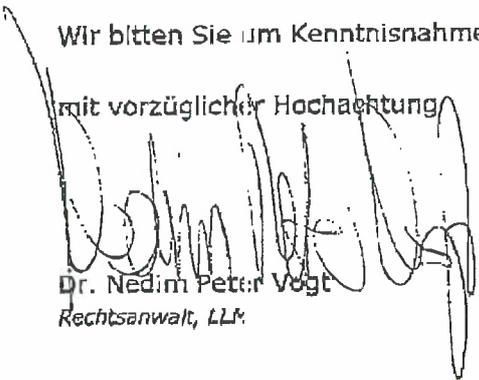
Bär & Karrer/Witthers ^{LLP}

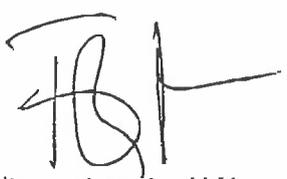
6

Im Übrigen soll eine steuerrechtliche Lösung die Wettbewerbfähigkeit des Schweizerischen Standorts erhalten bzw. fördern. Dabei sollen die Modelle anderer Länder (z.B. England) mitberücksichtigt werden.

Wir bitten Sie um Kenntnisnahme und verbleiben

mit vorzüglicher Hochachtung


Dr. Nedim Petter Vogt
Rechtsanwalt, LL.M.


Filippo Noseda, LL.M.
Rechtsanwalt & Solicitor
(England & Wales)

MEJ

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000500203



240 V

TRUST GROUP

Our Ref: RAC/CP/
Your Ref:
Direct Tel: 512535
Direct Email:
Robert.Clifford@investectrust.com

31 January 2005

Prof. Dr. Heinrich Koller
Direktor des Bundesamts für Justiz
Bundesamt für Justiz
3003 Bern
Switzerland

Dear Professor Koller

Ratification of the Hague Convention

I am writing on behalf of the Investec Trust Group in relation to the draft bill ratifying the Hague Convention on the law applicable to trusts and their recognition (the "Convention") by Switzerland. I thought it may be useful to write to you as we have offices not only in Jersey, Guernsey, Mauritius but also in Switzerland. I am a Jersey resident trust professional with 20 years experience of practice.

As you may be aware, the United Kingdom (on behalf of Jersey) signed the Convention for the recognition of trusts in 1992. In addition Jersey has its own trusts law, the Trusts (Jersey) Law 1984 (the "Trusts Law") and regulatory legislation, the Financial Services (Jersey) Law 1998 (the "Financial Services Law"). My experience of such legislation is that it has positive effects.

I am of the view that Switzerland should ratify the Convention. My experience is that such legislation provides a framework to ensure that trusts are given appropriate validity by relevant authorities and provides comfort to clients and professionals in the industry.

In addition think it would be useful for legislation to clarify the legal and tax position of trusts that have a "Swiss" and "international" connection to ensure that practitioners can advise their clients clearly and without doubt. As you may know the Trusts Law contains provisions relating to Jersey law "domestic" trusts as well as "foreign law" trusts and together with the Financial Services Law ensures that trustees can be held statutorily accountable to beneficiaries. My experience is that such legislation encourages trust companies to implement adequate controls and systems as well as to ensure employees are adequately trained and vetted.

As an initial step I think that Switzerland should ratify the Convention to ensure that trusts are formally recognised in Switzerland and to confirm that trust assets should be regarded as a separate fund and do not form part of a trustee's assets for purposes such as bankruptcy. Such a move can only be seen as advancing Switzerland's reputation as a financial centre and will encourage organisations such as ours to refer more business to the jurisdiction. I hope that



Switzerland will take this opportunity as it may assist your country to become the pre-eminent jurisdiction of choice for offshore trusts in the future.

Please let me know if you have any question in relation to the above.

Yours sincerely

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Robert Clifford', written over the typed name.

Robert Clifford

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000504731



240 V

Herr
Bundesrat Dr. Christoph Blocher
Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements
Bundeshaus West
3003 Bern

Zürich, 4. Februar 2005

Zukünftige zivil- und steuerrechtliche Behandlung von Trust-Strukturen

Sehr geehrter Herr Bundesrat

In diesen Tagen ist die Frist zur Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Trust-Übereinkommens und zum entsprechenden Begleitbericht abgelaufen.

Zum diesem Vernehmlassungsprojekt, das – wie Ihnen bekannt ist – von unserem Bankhaus wie auch von mir persönlich stark unterstützt wird, möchte ich mich nicht weiter äussern. Ich bin zuversichtlich, dass eine ausgewogene und die Interessen aller involvierten Kreise berücksichtigende Lösung erreicht werden kann. Ich möchte die Gelegenheit jedoch zu ein paar grundsätzlichen Überlegungen nutzen und erlaube mir, Ihnen einige weiterführende Gedanken zu dieser Thematik, welche mir aufgrund ihrer Wichtigkeit für die hiesige Finanzindustrie am Herzen liegt, näher zu bringen.

Trusts und vergleichbare Strukturen sind für die Nachlass- und Steuerplanung von Privatkunden im modernen und grenzüberschreitenden Private Banking von zentraler Bedeutung für eine langfristige Kundenbetreuung. Auch unser Bankhaus darf seit Jahren eine steigende Nachfrage der internationalen Kundschaft nach einer umfassenden Beratung unter Einschluss transnationaler Strukturen verzeichnen.

Folge dieser erfreulichen Entwicklung für den Finanzplatz Schweiz ist eine verstärkte Spezialisierung der hiesigen Banken und weiteren Finanzdienstleistungsbetriebe auf Angebote im Bereich der grenzüberschreitenden Nachlass- und Steuerplanung, um im internationalen Wettbewerb bestehen zu können.

Die Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens ist Voraussetzung für eine weitere Stärkung dieses Wachstumsmarktes in der Schweiz. Aus Sicht des Praktikers und direkt betroffenen Dienstleisters bleiben auch nach der Ratifikation des Übereinkommens noch zwei Punkte offen, die bei nächster Gelegenheit geklärt werden sollten, um für unsere Kundschaft eine umfassende Rechtssicherheit zu erreichen und für die hiesigen Finanzbranche kompetitive Rahmenbedingungen im verstärkten internationalen Wettbewerb zu schaffen: Es handelt sich einerseits um die steuerliche Behandlung von Trusts und andererseits um eine attraktive aufsichtsrechtliche Regelung für die Trustee-Tätigkeit aus der Schweiz heraus.

In Anbetracht der Tatsache, dass heutzutage die wichtigsten Konkurrenten des Finanzplatzes Schweiz auf eine Besteuerung von Trusts im internationalen Kontext meist gänzlich verzichten, ist eine entsprechende Behandlung in der Schweiz von zentraler Wichtigkeit. Daher ist es erfreulich, dass sich unterdessen eine Arbeitsgruppe der Schweizerischen Steuerkonferenz (SSK) mit der Problematik der Trust-Besteuerung befasst.

Zudem ist in der Praxis auch die Frage von grosser Wichtigkeit, in welchem Umfang Schweizer Unternehmen für die häufig zu einem Trust gehörenden internationalen Gesellschaften (so genannte «underlying companies») Dienstleistungen erbringen können, ohne daraus in der Schweiz eine Betriebsstätte oder einen faktischen Sitz der Gesellschaften (mit den entsprechenden Steuerfolgen) zu begründen. So besteht etwa ein grosses Bedürfnis unserer Kunden, dass Schweizer Inländer oder Firmen in solchen internationalen Gesellschaften Organfunktionen wahrnehmen können. Eine entsprechende kompetitive Verwaltungspraxis zur Verbesserung der Rechtssicherheit, die basierend auf der aktuellen Steuergesetzgebung möglich wäre, sollte somit auch gewisse Verwaltungstätigkeiten für diese Art von internationalen Gesellschaften aus der Schweiz heraus ermöglichen. Es wäre wünschenswert, dass das Mandat der SSK in diesem Sinne erweitert würde.

Die Tätigkeit eines Trustee (inkl. der vorerwähnten möglichen Organfunktion bei internationalen Gesellschaften) ist eine sehr verantwortungsvolle und umfassende Tätigkeit. Sofern sie aus der Schweiz heraus ausgeübt wird, ist sie folgerichtig bereits heute dem aktuellen Geldwäschereigesetz (GwG) unterstellt und aufsichtsrechtlich durch die Eidgenössische Finanzverwaltung bzw. durch die Kontrollstelle GwG geregelt. Es ist wichtig, dass diese Tätigkeit auch in Zukunft in einem regulatorischen Umfeld ausgeübt werden kann, welches die hohe Qualität des Finanzplatzes Schweiz schützt, ohne dass jedoch die bereits bestehende Regulierungsdichte weiter erhöht wird.

Mit der Verankerung des Bankgeheimnisses auf internationaler Ebene im Rahmen der Bilateralen II konnte ein für das Vertrauen unserer Privatkundschaft wichtiger Aspekt langfristig gesichert werden. Trotzdem gehe ich davon aus, dass die kommenden Jahre weitere Herausforderungen für den Finanzplatz Schweiz bringen werden. Doch bin ich auch davon überzeugt, dass bei einem von der notwendigen Flexibilität und Selbstsicherheit geprägten Umgang mit neuen Bedürfnissen seitens aller Beteiligten die Finanzindustrie gestärkt aus diesem Veränderungsprozess hervorgeht.

Daher freut mich die Wahrnehmung, dass auch seitens der Verwaltung die aktuellen Entwicklungen im Bereich des Trustrechts mit dem Ziel angegangen werden, praxisnahe Lösungen zu finden, welche den Bedürfnissen der internationalen Kundschaft und damit der ganzen Finanzbranche dienen, womit diese auch in Zukunft einen entscheidenden Beitrag zur Wertschöpfung unseres Landes beisteuern kann.

Mit freundlichen Grüßen



Raymond J. Bär

OBSERVATIONS SUR L' ARTICLE 2 DU PROJET D'ARRÊTÉ FÉDÉRAL PORTANT RATIFICATION DE LA CONVENTION DE LA HAYE SUR LE TRUST

Alfred E. von Overbeck

Entête du chapitre 9a LDIP

Ce Chapitre vise la compétence, la loi applicable et la reconnaissance. Il convient donc de prendre comme titre "Trust" tout court, comme dans d'autres chapitres : "Sociétés", "Adoption" etc.

Articles 21a et 149a, al. 2, lettre b

L'article 149a se réfère à l'article 21a qui, en déclarant applicable par analogie l'article 21, arrive finalement au lieu de l'administration en fait.

Ne serait-il pas préférable de se passer de l'article 21a et de désigner directement le "lieu principal d'administration du trust", comme le faisait le projet Thévenoz?

Si l'on voulait assurer le plus possible de parallélisme avec la Convention de Lugano, on pourrait remplacer "siège" par "domicile" à l'article 149a et formuler l'article 21a ainsi :

Le domicile d'un trust se trouve au lieu principal de son administration.

Il ne paraît pas très heureux de parler, comme en matière de sociétés, du "siège" alors que le trust n'a pas la personnalité juridique.

"Lieu principal de l'administration du trust" est préférable à "lieu où le trust est administré", car il peut y avoir plusieurs trustees dans divers pays chargés de certains actes d'administration. (Comme le relève le rapport, il n'est pas indiqué d'ouvrir un for au domicile de chacun des trustees)

Titre de l'article 149b

Ce titre devrait être : "Droit applicable et reconnaissance des trusts".

Article 149b, al. 2

Selon le rapport, cette disposition vise à exclure l'application de l'article 13 (qui est le résultat de discussions très laborieuses) par le juge suisse, ce qui est heureux. (Rappelons à ce propos

que le texte de la Convention annexée au *Recognition of Trusts Act 1987* britannique omet l'article 13.)

Mais la formule utilisée, à la différence de celle du projet Thévenoz, est ambiguë, elle mélange les questions de loi applicable et de reconnaissance. Par "l'État" on pourrait comprendre l'État étranger désigné, la disposition signifierait alors que l'on devrait appliquer la loi de cet État même si celui-ci refusait de reconnaître certains trusts sur la base de l'article 13. Cela semble aller de soi, en revanche, interprétée ainsi, la disposition manquerait son but d'exclure l'application de l'art 13 par le juge suisse.

Il serait donc préférable de reprendre l'article 149b du projet Thévenoz ou encore de dire simplement :

Le juge suisse n'appliquera pas l'article 13 de la Convention.

Article 149b, al. 3 LDIP

Cette disposition vise à écarter l'interprétation de la Convention, retenue par la doctrine et la jurisprudence italiennes, qui permet de constituer, et de reconnaître, un trust selon une loi étrangère dans des situations purement internes. Cela ne semble guère avoir été envisagé par les auteurs de la Convention, mais il est exact que celle-ci n'exige nulle part le caractère international de la situation. Aussi la disposition proposée nous paraît-elle incompatible avec le texte de la Convention. Elle paraît pas non plus nécessaire. Les articles 15 et 16, al. premier, et 18 de la Convention suffisent amplement pour sauvegarder les dispositions impératives du droit suisse face une telle élection de droit. On ne voit d'ailleurs pas bien pourquoi la pratique aurait recours à ce moyen.

Article 149d, al. premier, lettres c. et d.

Le terme "siège" devrait être remplacé, soit par "lieu principal d'administration du trust", soit par "domicile".

On peut se demander si, sur la plan de la compétence indirecte, on pourrait reconnaître le for du pays de la loi applicable, ou encore tout for ayant un lien suffisant avec le trust.

NH

(Doppel)

240. V

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Herr Prof. Dr. Heinrich Koller
Bundeshaus-West
3003 Bern

31. Januar 2005

Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung sowie zum erläuternden Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren vom 16. September 2004

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Koller

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat mit seiner Pressemitteilung vom 20. Oktober 2004 die Vernehmlassung in obiger Sache eröffnet.

Mit Schreiben vom 31. März 2004 haben wir uns zum Vorentwurf in dieser Sache vernehmen lassen und gestatten uns erneut, in dieser für uns äusserst wichtigen Angelegenheit Stellung zu beziehen.

1. Grundsätzliche Bemerkungen

Der vorliegende Begleitbericht bildet eine gute Basis für den Ratifizierungsprozess und trägt unserem Anliegen, eine solide Basis für die Verwaltung von Trusts in der Schweiz zu schaffen, angemessen Rechnung. Immerhin sollten die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen in einigen Punkten ergänzt werden. Weitere Anliegen, welche wir in unserer vorliegenden Stellungnahme erneut ansprechen, sind, die steuerliche Behandlung des Trusts klar zu stellen sowie eine begrenzte Aufsicht über in der Schweiz wirkende Trustees einzuführen. Zudem weisen wir auf einige wichtige Unstimmigkeiten zwischen dem in Vernehmlassung gesetzten Entwurf und der "common law practice" i.S. Trusts hin, die u.E. unbedingt beseitigt werden müssen.

Den vorgeschlagenen Ansatz, das Haager Übereinkommen zu ratifizieren begleitet von flankierenden gezielten Anpassungen im schweizerischen Recht, unterstützen wir weiterhin vorbehaltlos, da das Haager Übereinkommen allein keine genügende Grundlage bietet, um in der Schweiz ausländischem Recht unterstellte Trusts anzubieten und zu verwalten.

2. Bemerkungen im Einzelnen

2.1. Zu den vorgesehenen Anpassungen im IPRG

2.1.1. Definition Sitz des Trust analog Art. 21 IPRG

Wir erachten es als verfehlt, im Zusammenhang mit einem Trust von einem "Sitz" zu sprechen, da dies dessen Konzept widerspricht. Dem Trust kommt keine eigene Rechtspersönlichkeit zu und es ist daher primär an den Wohnsitz resp. Sitz des Trustee sowie subsidiär an den Ort der Verwaltung des Trusts anzuknüpfen.

2.1.2. Gerichtsstand (Art. 149a IPRG)

Wir unterstützen den Vorschlag, eine Bestimmung ins IPRG aufzunehmen, welche die Zuständigkeit bei trustrechtlichen Streitigkeiten regelt. Im Begleitbericht wird wiederholt erwähnt, dass das neue Kapitel 9a des IPRG für alle Trusts - also auch für solche, die nicht schriftlich bestätigt sind, anwendbar ist. Andererseits wird für eine gültige Gerichtsstandswahl ausdrücklich Schriftlichkeit vorausgesetzt (Art. 149a Abs. 1 IPRG). Darin erkennen wir einen Widerspruch und empfehlen, in Anlehnung an das Haager Übereinkommen, welches für die Anerkennung von Trusts Schriftlichkeit vorschreibt (Art. 3), auch im Begleitbericht die Schriftform zu verlangen.

Der Wortlaut lässt weiterhin offen, ob das durch die Trustbestimmungen bezeichnete Gericht exklusiv zuständig sein soll. Um kollisionsrechtliche Unklarheiten in Bezug auf die Ausschliesslichkeit von in Trustbestimmungen enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarungen zu vermeiden und somit in diesem Bereich Rechtssicherheit zu schaffen, empfehlen wir, die Bestimmung wie folgt zu ergänzen: "Für Klagen betreffend Gültigkeit, Wirkungen, (...) ist *ausschliesslich* das gemäss den Trustbestimmungen bezeichnete Gericht zuständig."

In unserer Stellungnahme zum Vorbericht haben wir die Ansicht vertreten, eine Bestimmung, die bei Fehlen einer gültigen Gerichtsstandswahl, neben dem Sitz des Trust wahlweise auch einen Gerichtsstand am Wohnsitz/Aufenthaltort des Beklagten vorsieht, sei zu liberal. Die rechtlichen Argumente für diese Wahlmöglichkeit hat uns überzeugt. Auch praktische Überlegungen stehen einer solchen Wahlmöglichkeit nicht entgegen, da wir davon ausgehen, dass die meisten Klagen i.d.R. am Sitz/Wohnsitz des Trustee anhängig gemacht werden, was wir als sinnvoll erachten.

2.1.3. Anwendbares Recht (Art. 149b IPRG)

Wir haben in unserer Stellungnahme zum Vorbericht darauf hingewiesen, dass Art. 149b IPRG unter keinen Umständen dahingehend ausgelegt werden darf, dass von der Schweiz "constructive trusts" und ähnliche Rechtsgebilde anerkannt werden. Im vorliegenden Bericht wird erneut bestätigt, derartige Rechtsgebilde würden nicht erfasst, es wird aber als nicht notwendig erachtet, dies im Gesetz ausdrücklich zu erwähnen. Wir möchten insbesondere vermeiden, dass durch den Umstand, dass das vom IPRG berufene Statut eine Anerkennung des "constructive trust" verlangt, dieses Konstrukt auf diesem Weg auch in der Schweiz Beachtung findet (wir verweisen hierzu auf Ziff. 1.4.4.2 erster Absatz des Begleitberichtes). Wir erachten deshalb in diesem wichtigen Punkt eine klare Aussage im Gesetz als notwendig und schlagen vor, Art. 149b IPRG um einen neuen Absatz wie folgt zu ergänzen: *Art. 150ff. IPRG findet keine Anwendung bei Rechtsverhältnissen, bei denen die betreffende Rechtsordnung eine analoge Anwendung von Trustrecht vorsieht und die keine eigenständigen Rechtsgebilde i.S. von Art. 150 IPRG sind (sog. "constructive trusts").*

Der Zusatz unter Art. 149b Abs. 2 IPRG steht im Einklang mit Art. 154 IPRG und dient der Rechtssicherheit. Im Vorkonsultationsverfahren wurde die Frage der Anerkennung von reinen Binnentrusts eingehend diskutiert. Gemäss Art. 149b Abs. 2 IPRG verzichtet die Schweiz sinngemäss auf eine Anrufung der Ausnahmeklausel von Art. 13 des Haager Übereinkommens, wodurch die Anerkennung des sogenannten Binnentrust grundsätzlich ermöglicht wird. Die Unterstellung unter ein ausländisches Trustrecht als internationaler Anknüpfungspunkt wird dadurch grundsätzlich als ausreichend erachtet. Diese Möglichkeit der Anerkennung des Binnentrust schliesst hingegen sinnvolle Einschränkungen nicht aus. Wir sind der Auffassung, dass der als Variante vorgeschlagenen Art. 149b Abs. 3 IPRG insofern der Rechtssicherheit dient, als dadurch explizit festgehalten wird, dass eine Rechtswahl für sich allein noch nicht genügt und überlässt es der Praxis, die hierzu sinnvollen Kriterien zu entwickeln. Es empfiehlt sich, in der Botschaft hierzu wegweisend Stellung zu beziehen. Es liegt im Interesse der Banken, ihren Kunden bestmögliche Trustlösungen anzubieten und es muss v.a. ermöglicht werden, in der Schweiz ansässigen ausländischen Kunden aus dem angelsächsischen Raum entsprechende Binnentrustlösungen anbieten zu können. Aus diesem Grund ist in der Botschaft klar darauf hinzuweisen, dass die Nationalität als einziger Anknüpfungspunkt in diesem Zusammenhang genügt. Weitere mögliche Anknüpfungspunkte sind etwa im Ausland gelegenes Vermögen, Wohnsitz des Begünstigten, Wohnsitz des Trustee etc. Eine Alternativlösung sehen wir darin, den vorgeschlagenen Art. 149b Abs. 3 IPRG nicht ins Gesetz aufzunehmen, um maximale Flexibilität zu erreichen. Es wird dabei dem jeweils anwendbaren Recht überlassen, den Massstab für die Anknüpfungskriterien zu setzen. Bei dieser Variante empfehlen wir, in der Botschaft klar zu definieren, welche Konstellationen als "fraus legis" zu qualifizieren sind und infolgedessen nicht anzuerkennen sind. Dies ist insbesondere bei einem reinen Binnentrust, der keinerlei internationale Anknüpfungskriterien aufweist, der Fall.

Wie im Vorbericht wird auch im vorliegenden Begleitbericht darauf hingewiesen, dass Trusts mit reiner Sicherungsfunktion dem jeweiligen Sachstatut zu unterstellen sind (*lex rei sitae, lex chartae sitae*). Wir sind der gegenteiligen Ansicht, dass auch solche Trusts nach Art. 149b IPRG anzuknüpfen sind. Dieselbe Meinung wird von Prof. Thévenoz vertreten. Im Kapitalmarktesgeschäft werden häufig Trusts eingesetzt, um kollektive Sicherheiten zu halten; für diesen Fall ist die Anknüpfung an das Sachstatut unzweckmässig und würde zu einer Zersplitterung der Rechtsverhältnisse führen, da die verschiedenen Sicherheiten unterschiedlichen Rechten unterstünden. Hier ist eine einheitliche Anknüpfung eindeutig vorzuziehen.

2.1.4. Publizität und Registrierung (Art. 149c IPRG)

Wie wir bereits in unserer Stellungnahme zu Ihrem Vorbericht festgehalten haben, ist dieses Kapitel für die Schweizer Bankenindustrie von zentraler Bedeutung. Im Vorentwurf wurde noch in Analogie zum Eigentumsvorbehalt nach Art. 715 ZGB für Trustverhältnisse Eintragung in öffentlichen Registern sowie die Kennzeichnung des Trustverhältnisses bei Ordrepapieren vorgesehen. Durch die damals vorgeschlagenen Publizitätsvorschriften wurde grundsätzlich die Schaffung von klaren Verhältnissen über die Zusammensetzung des Trustvermögens und mithin die Festigung des Schutzes des guten Glaubens von Dritten bezweckt. Wir begrüssen es sehr, dass unsere Bedenken beachtet wurden, und die Bestimmungen im vorliegenden Bericht mit einigen Ausnahmen nicht übernommen wurden.

Wir weisen darauf hin, dass z.B. nach englischem Recht der gutgläubige Erwerber von veruntreutem Trustvermögen in seinem Erwerb geschützt wird, soweit dieser gegen Entgelt erfolgte. Aus dem Trust Begünstigte können ihre Rechte vindizieren (*actio in rem*), soweit ein Erwerber von veruntreuten Trustaktiven bösgläubig war oder diese unentgeltlich erlangt hat. Sobald das erworbene Trustgut verbraucht ist, erlischt ein Anspruch gegen den Erwerber, ausser dieser habe arglistig gehandelt.

Die in Art. 149c IPRG vorgesehene Eintragungspflicht von Trustvermögen im Grundbuch / Schiffsregister / Luftfahrzeugregister sowie die Eintragungspflicht von Immaterialgüterrechten in den jeweiligen Regis-

tern erachten wir als sinnvoll, da die entsprechenden Register bereits bestehen und sich der administrative Mehraufwand in Grenzen hält.

Weiterhin fehlt eine klare Regelung im Gesetz, welchem Recht die Frage des Rechts auf "Tracing" und Aussonderung untersteht.

2.1.5. Anerkennung Ausländischer Entscheidungen (Art. 149d IPRG)

Diese Bestimmung erachten wir als sinnvoll und haben keine Bemerkungen.

2.2. Anpassungen im ZGB

Die im Vorentwurf als Varianten vorgeschlagenen Ergänzungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch wurden als überflüssig gestrichen. Einerseits teilen wir die Ansicht, dass diese Regelungen gemäss den generellen Prinzipien des schweizerischen Zivilrechts bereits gegeben sind. Andererseits weist die Tatsache, dass im Zusammenhang mit der Anerkennung von Trusts insbesondere über das Recht auf Herabsetzungsklage zahlreiche Diskussionen stattgefunden haben, darauf hin, dass in diesem Bereich eine klare Regelung notwendig ist. Wir empfehlen daher dringend, das Recht auf Herabsetzungsklage entsprechend dem im Vorentwurf vorgeschlagenen Art. 528a ZGB ins Gesetz aufzunehmen. Der Klarheit halber befürworten wir auch weiterhin, Vorschriften im Gesetz aufzunehmen, welche die Errichtung eines Trust zu Lebzeiten des Settlors ohne entsprechende Gegenleistung der Begünstigten ausdrücklich als unentgeltliche Zuwendung (neu Art. 208 Abs. 3 ZGB) resp. als Schenkung (neu Art. 527 Abs. 2 ZGB) qualifizieren.

2.3 Anpassungen im OR

Wir befürworten den in diesem Entwurf eingeschlagenen Weg, in diesem Gesetzgebungsprojekt auf eine Kodifizierung des Schweizerischen Treuhandrechts zu verzichten. Es besteht keine Notwendigkeit, diesen Bereich selbständig gesetzlich zu verankern, da die bundesgerichtliche Rechtsprechung hierzu eine saubere Basis bietet und sich bisher keine gravierenden Lücken gezeigt haben, die durch die Praxis nicht hätten gelöst werden können.

2.4. Zu den vorgesehenen Anpassungen im SchKG

Zu dem in diesem Entwurf neu vorgeschlagenen Konzept im Bereich Schuldbetreibung und Konkurs haben wir folgende zum Teil kritische Kommentare.

2.4.1. Betreuung gegen Trustee persönlich

Wir teilen die Ansicht, dass bei Schulden, die der Trustee in indirekter Vertretung des Trust eingeht und für die er somit persönlich haftet, grundsätzlich die bestehenden Regeln des SchKG genügen. Wir gehen dabei davon aus, dass die Trustbestimmungen in der Regel vorsehen, dass der Trustee das Trustvermögen von seinem Vermögen getrennt zu verwalten hat. Wird nun der Trustee persönlich und nicht als Vertreter des Trust betrieben, ist sicherzustellen, dass das Trustvermögen im Konkurs des Trustee ausgesondert und der Konkurs über dessen Privatvermögen fortgesetzt wird. Der neue Art. 284b SchKG festigt das Aussonderungsrecht im Sinne des Haager Übereinkommens und dient der Rechtssicherheit. Im Vorentwurf wurde hier noch das Recht auf Aussonderung unter die Bedingung der Wahrung von Publizitätsvorschriften gestellt. Im vorliegenden Entwurf wird auf eine entsprechende Beschränkung verzichtet, zumal die Regelung in Bezug auf die Publizitätsvorschriften ebenfalls neu konzipiert wurde. Im Übrigen erachten wir es als sinnvoll, für die Geltendmachung der Aussonderungsansprüche auf die bestehenden Regeln des SchKG zu verweisen (beachte insbesondere Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG, Art.

242 Abs. 2 SchKG). Wir empfehlen aber, die Aussonderungsklage für den Trust auch weiterhin ausdrücklich im Gesetz aufzunehmen, um in diesem Bereich die notwendige Rechtssicherheit zu gewähren. Dabei verweisen wir auf den im Vorentwurf vorgeschlagenen Art. 242a Abs. 2 SchKG.

2.4.2. *Betreibung gegen Trustee als Vertreter des Trust*

Wir befürworten die hier vorgeschlagene Lösung, Betreibungen für Schulden, für die das Trustvermögen selber haftet, formell gegen den Trustee als Vertreter des Trust zu richten. Dadurch wird insbesondere eine elegante Lösung in Bezug auf die im Vorentwurf hingewiesenen Schwierigkeiten bei der Anerkennung von schweizerischen Entscheiden im Ausland in diesem Bereich gefunden, ohne sich dabei vom schweizerischen Rechtskonzept abzuwenden.

Der Klarheit halber empfehlen wir, Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 um folgenden Satz zu ergänzen: "*Will ein Gläubiger eine Forderung gegen den Trust in Betreibung setzen, so ist im Betreibungsbegehren auf diesen Umstand hinzuweisen.*"

Wir sind zudem der Ansicht, dass es einer klaren Regelung in Bezug auf den Betreibungsort bedarf. Wir schlagen vor, Art. 284a Abs. 1 SchKG wie folgt zu ergänzen: "*Die Betreibung erfolgt am Wohnsitz beziehungsweise Sitz des Trustee. Hat kein Trustee Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz, so erfolgt die Betreibung am Ort, wo der Trust verwaltet wird.*"

2.4.3. *"Common law practice"*

An dieser Stelle weisen wir darauf hin, dass die hier vorgeschlagene schweizerische Lösung den Trustee weitergehend schützt, als dies gemäss der "common law practice" üblich ist. In "common law" Ländern sind Trustees für ihre Handlungen in dieser Eigenschaft persönlich haftbar, haben aber ein Recht auf Schadloshaltung aus dem Trustvermögen. Um eine Haftung mit seinem gesamten persönlichen Vermögen zu vermeiden, muss z.B. gemäss englischem Recht der Trustee seine Haftung vertraglich auf das Trustvermögen beschränken, aus welchem er sich dann schadlos halten kann. Wir sehen keinen stichhaltigen Grund, warum die Schweiz in diesem wesentlichen Punkt von dem, was in angelsächsischen Rechtsordnungen gilt, abweichen sollte.

2.4.4. *Unterstellen von Trusts unter die Konkursbetreibung*

In unserer Stellungnahme zum Vorbericht haben wir festgehalten, dass wir es als sinnvoll erachten, Trusts der Konkursbetreibung zu unterstellen. In der Zwischenzeit haben wir uns eingehend mit dieser Problematik auseinandergesetzt und kommen zum Schluss, dass davon abzusehen ist. Weil der Trust weder eine natürliche noch eine juristische Person ist, kann er nicht der Konkursbetreibung unterstellt werden. Z.B. kennt das englische Recht keine besonderen Vorschriften in Bezug auf insolvente Trusts. Daraus haben sich offenbar bisher keine Schwierigkeiten ergeben. In einem solchen Fall wäre in einer angelsächsischen Rechtsordnung der zuständige Richter anzurufen. Dieser müsste die angezeigte Verwaltung des Trustvermögens sicherstellen und gegebenenfalls die Liquidierung des Trust anordnen. Auch in diesem Bereich empfehlen wir, die schweizerische Lösung der "common law practice" anzugleichen, und deshalb Art. 284a Abs. 2 und 3 SchKG (neu) zu streichen.

2.4.5. *Betreibungen, die nicht zum Konkurs des Trustee führen*

Wir ersuchen Sie, im Gesetz ausdrücklich festzuhalten, dass auch bei Betreibungen gegen einen Trustee, die nicht zu dessen Konkurs führen, ein Aussonderungsrecht gewährleistet ist. Wir empfehlen, einen neuen Art. 108a SchKG im Sinne des Vorschlages von Prof. Thévenoz ins Gesetz aufzunehmen.

2.5. Bewilligungspflicht

Für den Finanzplatz Schweiz ist es wichtig, Grundvoraussetzungen dafür zu schaffen, dass in der Schweiz operierende Trustees die dafür notwendige Fachkompetenz aufweisen um letztendlich sicherzustellen, dass hierzulande ausschliesslich Trusts mit seriösem Hintergrund verwaltet werden. Wie wir bereits in unserer Stellungnahme zu Ihrem Vorbericht betont haben, befürworten wir eine an qualifizierende Voraussetzungen geknüpfte Bewilligungspflicht für schweizerische Trustees, die diese Dienstleistung gewerbmässig anbieten. Bei ausschliesslich privat tätigen Trustees kann u.E. von der Lizenzierungspflicht abgesehen werden, da sich diese nicht an die Öffentlichkeit wenden und somit keine Notwendigkeit für einen entsprechenden Schutz besteht. Wir befürworten sehr, dass die Bewilligung, in der Schweiz als gewerbmässiger Trustee zu fungieren, an drei Voraussetzungen geknüpft wird: eine angemessene Organisation und Fachkenntnis, die Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung und ein vorgeschriebenes Eigenkapital (u.E. in der Grössenordnung von CHF 1 Mio). Diese Kriterien sollten rückwirkend von allen gewerbmässig tätigen Trustees erfüllt werden. Soweit in der Schweiz zugelassene Banken oder Effekthändler als Trustees auftreten möchten, gehen wir davon aus, dass deren Lizenz die Trustee-Lizenz einschliesst. Einzig bei den speziellen Sachkenntnissen wäre die Frage einer gesonderten Prüfung zu stellen. An dieser Stelle weisen wir darauf hin, dass insbesondere in offshore Zentren für gewerbmässig tätige Trustees eine Lizenzierungspflicht besteht. Dabei werden von den Trustees einerseits einwandfreie operationelle Qualitätsstandards sowie eine hohe Eigenkapitalbasis verlangt. Es ist wichtig, dass auch die Schweiz diesen Standard übernimmt, um sicherzustellen, dass in diesem komplexen Wirtschaftssegment sowohl qualitativ herausragende sowie seriöse Dienste angeboten werden.

Wir erachten es als sinnvoll, wenn eine Lösung in diesem Bereich im Zusammenhang mit FINMA II gesucht wird. Die Unterstellung von unabhängigen Vermögensverwaltern sowie weiteren Finanzintermediären unter die umfassende Aufsicht durch die neue Behörde ist ein möglicher Ansatz, die im Bereich Trustverwaltung eingangs erwähnte Grundvoraussetzung zu schaffen. Wir möchten aber dazu festhalten, dass die Tätigkeit eines Trustee nicht mit derjenigen eines unabhängigen Vermögensverwalter verglichen werden darf. Bei der letztgenannten Berufsgattung wird vorausgesetzt, dass Kenntnisse im Bereich der Vermögensverwaltung vorhanden sind, wohingegen in der Schweiz operierende Trustees mit komplexen Sachverhalten konfrontiert werden und auch vertiefte Kenntnisse des angelsächsischen Rechts verlangt werden. Aus diesem Grund ist es nicht stichhaltig, hier eine Parallele zu ziehen. Es ist ferner in Betracht zu ziehen, dass der Zeitplan von FINMA II noch völlig offen ist - es wäre in Erwägung zu ziehen, ob man für die Zwischenzeit eine Alternativlösung diskutieren möchte. Dabei betonen wir erneut, dass dadurch das vorliegende Projekt in keiner Weise verzögert werden darf.

2.6. Steuerliche Behandlung des Trusts

In Ihrem Vorschlag erwähnen Sie zu Recht, dass von Seiten der Steuerbehörden, der Kunden und der Anbieter von Trustdienstleistungen ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit auf diesem Gebiet besteht. Wir begrüßen es daher sehr, dass unserem Wunsch, eine Arbeitsgruppe einzusetzen, die sich der steuerlichen Behandlung von Trusts annimmt, nachgekommen wird. Die Klärung der Unsicherheiten in diesem Gebiet ist für den schweizerischen Finanzplatz von immenser Bedeutung. Wir empfehlen hingegen dringend, dass die Arbeitsgruppe eine genügende Basis auf Gesetzesstufe erarbeitet, die Rechtssicherheit sowohl auf Bundes- als auch auf kantonaler Ebene schafft. Wir erachten Lösungen, die lediglich auf Kreisschreiben der entsprechenden Behörden basieren, als nicht adäquat - insbesondere auf kantonaler Ebene werden Unsicherheiten bestehen bleiben. Sollten sich Bund und Kantone nicht zu einer berechenbaren und im Verhältnis zu den andern Finanzplätzen, die Trust anbieten, kompetitiven Regelung der Steuerfolgen durchringen, so werden die Ratifikation des Haager Übereinkommens und die vorgesehenen Gesetzesrevisionen toter Buchstabe bleiben und das Ziel, in erheblichem Umfang seriöses Trustgeschäft in die Schweiz zu holen, verfehlt werden.

Wir möchten aber nochmals betonen, dass das vorliegende Gesetzgebungsprojekt deshalb auf keinen Fall verzögert werden darf, da dem nun eingeschlagenen Weg einer möglichst raschen Realisierung sehr grosse Bedeutung zukommt.

Wir hoffen, mit diesen Vorschlägen einen substantiellen Beitrag zum Gelingen dieses Gesetzgebungsprojektes, das für den schweizerischen Finanzplatz von grosser Bedeutung ist, zu leisten.

Mit freundlichen Grüssen

UBS AG



Peter A. Wuffli
Präsident der Konzernleitung und CEO



Peter Kurer
Group General Counsel

VERNEHMLASSUNG DER UBS AG

zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung sowie zum erläuternden Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren vom 16. September 2004

EXECUTIVE SUMMARY

1. Grundsätzliches

- Wir sind an diesem Thema sehr interessiert und haben uns auch im Vorfeld bereits intensiv für eine rasche Ratifikation des Haager Übereinkommens kombiniert mit einer flankierenden Anpassung des schweizerischen Rechts eingesetzt.
- Der vorliegende Begleitbericht bildet eine gute Basis für den Ratifizierungsprozess.
- Allfällige Unstimmigkeiten zwischen dem in Vernehmlassung gesetzten Entwurf und der "common law practice" müssen beseitigt werden.
- Wir befürworten den in diesem Entwurf eingeschlagenen Weg, in diesem Gesetzgebungsprojekt auf eine Kodifizierung des Schweizerischen Treuhandrechts zu verzichten.

2. Bemerkungen im Einzelnen

2.1. Anpassungen im IPRG

- Wir erachten es als verfehlt, im Zusammenhang mit einem Trust von einem "Sitz" zu sprechen. Dem Trust kommt keine eigene Rechtspersönlichkeit zu und es ist daher primär an den Wohnsitz/Sitz des Trustee sowie subsidiär an den Ort der Verwaltung des Trusts anzuknüpfen.
- Es ist im Gesetzestext ausdrücklich zu erwähnen, dass das durch die Trustbestimmungen bezeichnete Gericht ausschliesslich zuständig ist.
- Es ist im Gesetz eine klare Aussage zu machen, dass "constructive trusts" und ähnliche Rechtsgebilde nicht anerkannt werden.
- Die Anerkennung von Binnentrusts soll grundsätzlich ermöglicht werden, wobei in der Botschaft wegweisende Kriterien für das Genügen des in Art. 149b Abs. 3 IPRG geforderten Auslandsbezuges aufzulisten sind. Insbesondere ist ein klarer Hinweis in der Botschaft zu machen, dass die Nationalität als einziger Anknüpfungspunkt in diesem Zusammenhang genügt.
- Trusts mit reiner Sicherungsfunktion sind nach Art. 149b IPRG anzuknüpfen.
- Wir befürworten die Streichung der ursprünglich vorgeschlagenen Eintragung von Trustsverhältnissen in öffentlichen Registern sowie deren Kennzeichnung bei Ordrepapieren.
- Es fehlt eine klare Regelung, welchem Recht die Frage des Rechts auf "Tracing" und Aussonderung untersteht.

2.2. Anpassungen im ZGB/OR

- Das Recht auf Herabsetzungsklage ist entsprechend dem im Vorentwurf vorgeschlagenen Art. 528a ZGB ins Gesetz aufzunehmen.
- Es sind Vorschriften im Gesetz aufzunehmen, welche die Errichtung eines Trust zu Lebzeiten des Settlers ohne entsprechende Gegenleistung der Begünstigten ausdrücklich als unentgeltliche Zuwendung (neu Art. 208 Abs. 3 ZGB) resp. als Schenkung (neu Art. 527 Abs. 2 ZGB) qualifizieren.

2.3. Anpassungen im SchKG

- Wir befürworten die gesetzliche Verankerung des Aussonderungsrechts sowie den Verzicht, das Recht auf Aussonderung unter die Bedingung der Wahrung von Publizitätsvorschriften zu stellen.
- Die Aussonderungsklage für den Trust ist ausdrücklich im Gesetz aufzunehmen.
- Wir befürworten die vorgeschlagene Lösung, Betreibungen für Schulden, für die das Trustvermögen selber haftet, formell gegen den Trustee als Vertreter des Trusts zu richten.
- Es ist im Gesetz klar zu regeln, wo eine Betreibung für Schulden eines Trustvermögens zu erfolgen hat (unser Vorschlag: primär am Wohnsitz/Sitz des Trustee und subsidiär am Ort der Verwaltung des Trusts).
- Die vorgeschlagene schweizerische Lösung schützt den Trustee weitergehend, als dies gemäss der "common law practice" üblich ist. Wir empfehlen, in Anlehnung an das angelsächsische Recht Trustees für ihre Handlungen in dieser Eigenschaft persönlich haftbar zu machen, mit Recht auf Schadloshaltung aus dem Trustvermögen.
- Es ist davon abzusehen, Trusts der Konkursbetreibung zu unterstellen.
- Es ist im Gesetz ausdrücklich festzuhalten, dass auch bei Betreibungen gegen einen Trustee, die nicht zu dessen Konkurs führen, ein Aussonderungsrecht gewährleistet ist.

2.4. Bewilligungspflicht

- Trustees, welche diese Dienstleistung gewerbmässig anbieten, sollen einer Lizenzierungspflicht unterstehen.
- Die Bewilligung soll an drei Voraussetzungen geknüpft werden: eine angemessene Organisation und Fachkenntnis, die Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung und ein vorgeschriebenes Eigenkapital (u.E. CHF 1 Mio).
- Soweit in der Schweiz zugelassene Banken oder Effekthändler als Trustees auftreten möchten, sollte deren Lizenz die Trustee-Lizenz einschliessen, wobei bei den speziellen Sachkenntnissen die Frage einer gesonderten Prüfung zu stellen wäre.

2.5. Steuerliche Behandlung des Trusts

- Die Schaffung der Rechtssicherheit in diesem Bereich ist von zentraler Bedeutung und wir begrüssen die Schaffung der Arbeitsgruppe, die sich mit dieser Problematik auseinandersetzt. Wir empfehlen, dass diese Arbeitsgruppe eine genügende Basis auf Gesetzesstufe erarbeitet, die Rechtssicherheit sowohl auf Bundes- als auch auf kantonaler Ebene schafft.
- Das vorliegende Gesetzgebungsprojekt darf dadurch auf keinen Fall verzögert werden.



240. V

An das
Bundesamt für Justiz
0.2.8/204 V/KCL
Bundeshaus West
3003 Bern

Aeschenvorstadt 4
Postfach 526
CH-4010 Basel

Tel +41 61 279 33 40
Fax +41 61 279 33 10
fvischer@vischer.com

Basel, 11. Januar 2005
K:\visvorlagen_xp\brief\brief persönlich de.dot

Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Trust-Übereinkommens

Sehr geehrte Damen und Herren

Ihrer Aufforderung folgend möchte ich zum vorgeschlagenen Text des Bundesbeschlusses über die Genehmigung des Haager Trust-Übereinkommens einige Bemerkungen anbringen.

1. Allgemeines

Ich befürworte sehr die Absicht, das Haager Trust-Übereinkommen zu ratifizieren. Zwar ist es aufgrund der Auslegung der Bestimmung des IPRG des Gesellschaftsrechtes möglich, heute schon den rechtsgeschäftlich errichteten angelsächsischen Trust angemessen zu erfassen. Dies geschieht insbesondere durch die kaum bestrittene und vom Bundesgericht gutgeheissene Subsumption des Trusts unter die "organisierten Vermögenseinheiten" gemäss Art. 150 Abs. 1 IPRG. Doch bringt die Ratifikation des Trust-Übereinkommens Vorteile, die im Begleitbericht vom 25. Oktober 2004 sub 1.4.3 zutreffend dargelegt sind.

2. Der sog. Binnentrust

Ich habe in meinem Gutachten zu Händen des Direktors der Justizabteilung vom 2. Juni 2004 hingewiesen, dass unter der Herrschaft des IPRG ein nach einem angelsächsischen Recht errichteter Trust als gültig angesehen wird, auch wenn er ausser dem Gründungsvorgang keine Berührungen mit dem Gründungsstaat aufweist. Wie der Bericht zu Recht festhält, ist mit dem Entscheid BGE 117 II 494 die frühere Bundesgerichtspraxis, wonach in einem solchen Fall eine Rechtsumgehung anzunehmen sei, aufgegeben worden. Der Bundesgerichtsentscheid steht in Übereinstimmung mit dem EuGH, der in den Entschei-

den Überseering (5.11.2002, RS C-2008/00) und Inspire Art (30.9.200, 2003), in welchen aufgrund der Freizügigkeit dem Inkorporationsprinzip absoluter Vorrang vor dem Sitzprinzip eingeräumt und jede Beschränkung durch Vorkehren des Sitzstaates zur Bekämpfung von "pseudo-foreign corporations" als unzulässig bezeichnet wird.¹

Was für Gesellschaften gilt, muss auch für Trusts gelten. Der in Klammern gesetzt Art. 149b Abs. 3 IPRG (neu) sollte keinesfalls in den endgültigen Text aufgenommen werden. Die Unbeachtlichkeit der Rechtswahl auf ein ausländisches Recht, wenn ausser der Rechtswahl kein weiterer Bezug besteht, würde es z.B. einem Engländer mit Wohnsitz in der Schweiz nicht erlauben, einen Trust nach englischem Recht mit einem schweizerischen Trustee und Verwaltung des Trusts in der Schweiz zu errichten. Die Nationalität wird im internationalen Vertrags- und Trustrecht nicht als ausreichender Auslandsbezug angesehen. Der Vorbehalt in Art. 149b Abs. 3 würde einen gewichtigen Rückschritt gegenüber dem heutigen Rechtszustand beinhalten.

3. Das Problem der Unterhaltstiftung

Art. 335 Abs. 2 ZGB spielt in der international Trustpraxis nach wie vor eine erhebliche Rolle. Ich habe in meinem Gutachten auf den Fall Thyssen betr. Bermuda Trust hingewiesen, in welchem die Frage, ob Art. 335 ZGB als "loi d'application immédiate" zu gelten habe, im Zentrum der Auseinandersetzung stand und zu einem Gutachtenkrieg geführt hat. Die optimistische Annahme im Begleitbericht, wonach Art. 335 Abs. 2 ZGB in der Praxis und Lehre keine unmittelbare Anwendung nach Art. 18 und 19 IPRG mehr zukomme, vermag ich nicht zu teilen. Wenn mit dem Bericht (sub 1.4.1.1) davon auszugehen ist, dass Art. 335 ZGB "aus heutiger Sicht aus doch wohl auf eher überholt sittlichen ... und ideologischen ... Erwägungen beruht", läge es nahe, Art. 335 Abs. 2 zu streichen und Abs. 1 durch die Einfügung des Wortes "Unterhalt" nach "Unterstützung" zu ergänzen. Damit würde ein grosses Hindernis beim Trust wegfallen. Ein solcher Schritt würde auch der Motion Suter/Pelli entsprechen. Es kann nicht übersehen werden, dass der von Privaten zu Privatzwecken errichtete Trust in vielen Fällen Unterhaltscharakter hat. Die Gesetzgebung in Zusammenhang mit der Ratifikation des Trustabkommens wäre der geeignete Anlass für eine Revision des ZGB.

4. Reform des Treuhandrechts

Die im Bericht (sub 2.3) erwähnte Kodifikation des Treuhandrechts, wie sie im Entwurf Thévenoz vorgesehen war, erscheint mir bei Anerkennung des (ausländischen) Trusts dringend notwendig. Vor allem die Aussonderung des Treugutes im Konkurs des Treuhänders sollte endlich gesetzlich verankert werden. Eine solche Kodifizierung ist nach der Anerkennung des Aussonderungsrechts

¹ Vgl. F. Vischer, Die Bestimmung des Personalstatus einer Gesellschaft, Auswirkungen der Urteile des EuGH i.S. Überseering und Inspire Art Ltd. aus schweizerischer Sicht in: FS Ernst Kramer, Zürich 2004, S. 985ff.

bezüglich des Trustvermögens (Art. 248b SchKG neu) auch im Blick auf eine einheitliche Wertung im schweizerischen Privat- und Zwangsvollstreckungsrecht notwendig.

5. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Kap. 9a IPRG (neu)

Art. 149a Abs. 1 IPRG (neu)

Wenn die Regelung des Trust alle rechtsgeschäftlichen Trusts erfassen soll (und nicht nur Trusts, die unter den sachlichen Anwendungsbereich des Haager Übereinkommens fallen, vgl. Bericht 2.1 S. 30), sind die Worte "im Sinne von Art. 2 des Haager Übereinkommens ..." überflüssig, ja verwirrend. Die Worte sollten m.E. gestrichen werden.

Art. 149b Abs. 3 IPRG (neu)

Auf die Notwendigkeit, Abs. 3 nicht in das IPRG aufzunehmen, ist bereits oben sub. 2 hingewiesen worden.

Art. 149c IPRG (neu)

Die Publizitätsvorschriften gehören als rein materiell-rechtliche Bestimmungen nicht in das IPRG: Es wäre m.E. bedauerlich, wenn der Charakter des IPRG als Gesetz für das schweizerische Kollisionsrecht verfälscht würde. Eine Einordnung der Bestimmungen in die jeweiligen materiellrechtlichen Gesetze dürfte keine allzu grossen Schwierigkeiten bereiten.

Die materiellrechtlichen Bestimmungen, welche in Art. 149c IPRG (neu) genannt sind, werden kaum vollständig bleiben. So geben z.B. Aktien, die auf einen Nominee im Aktienregister eingetragen werden sollen, besondere Probleme auf. Sehr oft sind die Nominees Treuhänder im Sinne von Trustees.² Bei einer Aktienrechtsreform könnte es sich empfehlen, hierüber besondere Bestimmungen in das OR und nicht in das IPRG aufzunehmen.

Art. 149d IPRG (neu)

Es erscheint richtig, dass auch ausländische Urteile, die nicht am Wohnsitz des Beklagten ergangen sind, selbst dann anerkannt werden, wenn dieser seinen Wohnsitz in der Schweiz hatte. Art. 30 Abs. 2 BV erlaubt eine Abkehr von der Wohnsitzgarantie durch Gesetz. Art. 149d Abs. 1 lit.d behält die (schweizerische) Wohnsitzgarantie für den Fall vor, dass im (ausländischen) Staat am Sitz des Trusts Entscheide betreffend Gültigkeit, Wirkung, Verwaltung, Änderung oder Beendigung des Trusts eines Drittstaates, der nicht im Katalog der indirekten Zuständigkeiten genannt ist, anerkannt werden. Ist für diesen Fall die Voraussetzung, dass der Beklagte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hat, notwendig? Der Bericht verweist auf die Regelung in Art. 165 IPRG. Doch ent-

² Vgl. P. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 6 N 122ff.

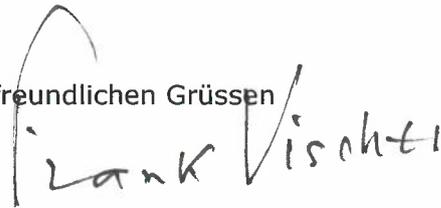
stand das IPRG unter der Herrschaft von Art. 59 alt BV und behält deshalb durchgehend bei den direkten und indirekten Zuständigkeiten den Fall vor, dass der Beklagte Wohnsitz in der Schweiz hat.

Art. 284b SchKG (neu)

Trustvermögen besteht oft aus Bankguthaben und Wertschriften. Für das bewegliche Vermögen bestehen keine Publizitätsvorschriften. Doch muss auch für solche Werte die Aussonderung im Konkurs gelten (Art. 284b SchKG (neu)).

Nicht befriedigend erscheint mir, dass für das Widerspruchsverfahren bei der Pfändung eines Trustee nicht der Trust ausdrücklich als "Dritter" bezeichnet wird (Art. b 106 SchKG). Letztlich liegt die gleiche Situation wie bei der Aussonderung im Konkurs vor. Das Haager Übereinkommen in Art. 11 Abs. 3 lit. b verlangt, dass das Vermögen des Trusts "im Fall der Zahlungsunfähigkeit (im englischen Text "insolvency") oder des Konkurses nicht Bestandteil des Vermögens des Trustee ist". Dies schliesst auch die Pfändung ein.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink that reads "Frank Vischer". The signature is written in a cursive style with a large, sweeping initial 'F'.

Prof. Dr. Frank Vischer